

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

LUIZA FELIPE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO NOS CASOS
DE DESISTÊNCIA DA MEDIDA DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA**

**FLORIANÓPOLIS
2016**

LUIZA FELIPE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO NOS CASOS
DE DESISTÊNCIA DA MEDIDA DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Dra. Josiane Rose Petry Veronese

FLORIANÓPOLIS


2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A responsabilidade civil dos pretendentes à adoção nos casos de desistência da medida durante o estágio de convivência”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “Luiza Felipe”, defendido em 02/12/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 02 de Dezembro de 2016


Josiane Rose Petry Veronese
Professor Orientador


Wanda Helena Mendes Muniz Falcão
Membro de Banca


Vânia Petermann
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Luiza Felipe

RG: 4.444.094/SC

CPF: 062.431.549-55

Matrícula: 12200072

Título do TCC: A responsabilidade civil dos pretendentes à adoção nos casos de desistência da medida durante o estágio de convivência.

Orientador(a): Profª. Dra. Josiane Rose Petry Veronese

Eu, Luiza Felipe , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 02 de dezembro de 2016.

Luiza Felipe

Luiza Felipe

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Rose e José Carlos, por serem a minha base, meu ponto de equilíbrio, os maiores protagonistas pela pessoa a qual me tornei, bem como os responsáveis por todos os sonhos que já realizei.

Ao meu irmão, João Vitor, meu melhor amigo, por todo o apoio e cumplicidade ao longo da vida.

Às minhas amigas de sempre, Cláudia Bernardes Roberge, Heloisa Chaves Abatti, Fernanda Colella, Paloma Casagrande Visentin, Paula Cardoso Lemos e Vanessa Zluhan, por a todo momento estarem comigo.

Aos meus amigos de faculdade e, agora, de vida: Bruna Guimarães, João Victor Harger, Renata Caroline da Silva, Thaís Helena Bastos e Laura Helena Rocha, pela prestatividade e companheirismo ao longo destes quase cinco anos. Saibam que serei eternamente grata pela amizade que construímos e pelos momentos que tivemos juntos!

À minha orientadora, Josiane Rose Petry Veronese, pela contribuição e orientação dispensada no processo de elaboração desta monografia, bem como por toda a rica sabedoria jurídica ministrada em sala de aula, que possibilitou o despertar para um olhar mais atento e atencioso aos direitos das crianças e dos adolescentes.

À magistrada, Dra. Vânia Petermann, minha primeira chefe, por todos os ensinamentos proporcionados e por me fazer despertar o interesse pela Magistratura.

Ao gabinete da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital-Continente, em especial à Renata Locks e à Anne Carolinne Batista, por toda a amizade, paciência e incentivo durante os dois anos de estágio.

Às meninas do gabinete da 35ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital, Anna Carolina Vargas, Marina Cordella e Nathália Gonçalves Lins, por todo o companheirismo, amizade e compreensão.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso defende a possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes à adoção, consistente no pagamento de indenização por danos morais, em virtude da desistência da medida durante o estágio de convivência. Tal análise se faz a partir dos princípios da proteção integral, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, todos estampados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Pretende-se demonstrar o cabimento e a importância da reparação por danos morais causados em crianças e adolescentes que sofrem com a devolução imotivada às instituições de acolhimento. Para tanto, aborda-se a evolução histórica do instituto da adoção e as alterações sofridas no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que resultou numa mudança de paradigma em relação ao papel ocupado pelos infantes na sociedade. Por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e gozarem de proteção integral, mostra-se que a lei deve ser interpretada a seu favor, de modo a resguardar seus direitos mais elementares. Se examinará os motivos que possibilitam a responsabilização civil pela devolução dos adotandos durante o período de convivência, ante a ausência de vedação legal para tanto, buscando suporte no abuso de direito, na Doutrina da proteção integral e no direito à convivência familiar.

Palavras-chave: Adoção; desistência; estágio de convivência; responsabilidade civil; dano moral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO NO BRASIL E SEUS ASPECTOS NORMATIVOS	10
1.1 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL.....	12
1.2 ADOÇÃO SEGUNDO O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI 8.069/1990.....	17
1.3 ADOÇÃO SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL – LEI 10.406/2002.....	22
1.4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.010/2009 (LEI NACIONAL DA ADOÇÃO).....	24
1.5 PROCEDIMENTO E FASES DA ADOÇÃO	26
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA	30
2.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	30
2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	32
2.2.1 Conduta culposa do agente	33
2.2.2 Nexo de causalidade	35
2.2.3 Dano.....	39
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO	41
2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA	44
3. A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO PELA DESISTÊNCIA DA MEDIDA DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA.	46
3.1 DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.	47
3.1.1 A expectativa dos futuros pais.....	52
3.1.2 A expectativa da criança e/ou adolescente a ser adotado	56
3.1.3 A obrigação de indenizar em razão dos danos causados e ato ilícito objetivo, consistente no abuso de direito	58
3.2 VISÃO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO TEMA.	62
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	75
ANEXOS	78

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso discorre sobre a possibilidade de reparação civil, consistente em indenização por dano moral, na hipótese de devolução imotivada de crianças e adolescentes entregues para fins de adoção à instituição de acolhimento, durante o período de convivência. A questão central deste trabalho é a reflexão acerca do sofrimento psíquico gerado às crianças e adolescentes em virtude de atitudes como essa, visto que a experiência de uma nova separação reedita o sentimento de abandonos anteriores, em total desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e o direito à convivência familiar estampados na Constituição Federal.

O tema é, inconteste, de extrema relevância. A adoção apenas se concretiza e passa a ter caráter irrevogável após o trânsito em julgado da sentença, de modo que a desistência da medida antes desse momento é permitida. Todavia, em que pese não haver vedação legal para tanto, defende-se que o período de convivência não pode servir de justificativa legítima para a causação de prejuízo emocional ou psicológico às crianças e adolescentes, uma vez que gozam de proteção integral e devem ter seus direitos fundamentais resguardados.

A análise da possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes à adoção, faz-se imperiosa, principalmente, diante da quantidade de casos dessa natureza que se repetem no dia a dia, demonstrando descaso com os sentimentos do adotando, além de configurar grave ofensa a sua dignidade.

A ideia deste estudo é encontrar uma solução que possa desencorajar tal prática por parte dos adotantes, além de conscientizá-los que a adoção é uma modalidade de família substituta que visa atender aos interesses das crianças e adolescentes, para que estes possam ter o seu direito à convivência familiar assegurado, e não aos anseios dos adultos que muitas vezes idealizam a família adotiva.

O tema abordado justifica-se por sua importância para preservar a dignidade e o melhor interesse dos infantes, de modo que a lei deve ser interpretada a seu favor. Ao inserir a criança ou o adolescente em família substituta, pretende-se que esse novo núcleo familiar seja capaz de fornecer-lhes um ambiente saudável para o seu desenvolvimento, e, inclusive, amenizar o triste histórico de rejeição já vivenciado. O estágio de convivência serve justamente para analisar se o infante está se adaptando ao novo ambiente familiar e se a adoção efetivamente lhe trará benefícios, não se traduzindo em favor dos adotantes.

Dessa forma, para alcançar o objetivo central deste trabalho, o presente estudo monográfico, utilizando-se do método dedutivo e a partir do resultado de pesquisa bibliográfica e jurídico-constitucional, divide-se em três capítulos, além da conclusão, a saber: 1) Instituto jurídico da adoção no Brasil e seus aspectos normativos; 2) A responsabilidade civil e o Direito de Família; e 3) A possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes à adoção pela desistência da medida durante o período de convivência.

O primeiro capítulo dedica-se a discutir o conceito de adoção, além de elaborar uma breve incursão histórica acerca do instituto. Também, analisar-se-á essa modalidade de família substituta sob à perspectiva da Lei n. 8.069/1990, também chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil de 2002 e da Lei n. 12.010/2009, de modo a demonstrar as alterações sofridas pelo instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, será abordado o procedimento da adoção e suas fases.

Por sua vez, o segundo capítulo versará sobre o instituto da responsabilidade civil, tratando dos pressupostos exigidos para que haja sua aplicação, tanto no caso de responsabilidade civil subjetiva quanto no caso de responsabilidade civil objetiva. Nesse segundo tipo de responsabilidade, será destacado o abuso de direito. Posteriormente, dar-se-á enfoque na aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família.

No terceiro capítulo, se discorrerá acerca da possibilidade de indenização por dano moral diante da desistência da adoção durante o estágio de convivência. Serão analisados os prejuízos causados às crianças e adolescentes em face da devolução imotivada, bem como a expectativa que cercam os futuros pais e os infantes acerca do procedimento da adoção. Por fim, apresenta-se a visão dos tribunais brasileiros acerca do tema, demonstrando posições favoráveis e desfavoráveis acerca da configuração do dano moral e a possibilidade de indenização nos casos de desistência da medida.

Por fim, a conclusão encerrará o trabalho, fazendo uma síntese dos principais aspectos abordados em cada capítulo.

1. INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO NO BRASIL E SEUS ASPECTOS NORMATIVOS

A concepção de família tem, ao longo da história, sofrido grandes modificações e reformulações. O que antes se limitava às relações originárias do casamento e aos vínculos biológicos, “hoje cada vez mais se prioriza a concepção de família como espaço de vínculos afetivos, de espaço para a formação de valores, com ênfase à liberdade, ao respeito, à dignidade de cada elemento que a compõe.”¹

Nesse sentido, afirma também Gustavo Tepedino:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalista à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.²

É sob esse prisma que ganha destaque o instituto da adoção, o qual permite que a criança e o adolescente possam gozar do estado de filho, independentemente do vínculo biológico, mas sim afetivo, em cumprimento ao direito à convivência familiar estampado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

A adoção é um ato jurídico bilateral de filiação, construído e solidificado no afeto e na convivência, configurando umas das formas de filiação socioafetiva.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “adoção é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer parentesco consanguíneo ou afim.”³

Na concepção de Maria Helena Diniz

adoção vem a ser o ato jurídico solene, pelo qual, observados os requisitos legais alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo

¹ VERONESE, Josiane Rose Petry e PETRY, João Felipe Correa. **Adoção internacional e Mercosul: aspectos jurídicos e sociais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.111.

² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 401.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. V, p. 211.

para sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.⁴

Nesse aspecto, pode-se dizer que a adoção, além de permitir que os adotantes possam exercer o prazeroso papel de serem pais, possui principalmente a finalidade de proporcionar às crianças e adolescentes uma nova família, um ambiente satisfatório e ao mesmo tempo formativo, de modo a garantir que as mesmas desenvolvam-se de forma plena, em atenção as suas necessidades primordiais.

Ressalta-se que “a atual Carta Política, concebe a criança e o adolescente como pessoas merecedoras de direitos próprios e especiais, e que, por sua natureza específica, necessitam de uma proteção integral, especializada e diferenciada”⁵, motivo pelo qual estipulou o direito à convivência familiar e comunitária como fundamental.

Convém destacar que a prioridade é a manutenção do infante na família natural, todavia, conforme exposto acima, não prevalece mais o conceito de família formada exclusivamente pelo casamento como ocorria na legislação anterior. “A Constituição Federal de 1988 quebrou paradigmas e apresentou três eixos modificativos na família, que passou a ter como referência o afeto e não mais o formalismo, ao reconhecer a família fora do casamento, extinguir a família patriarcal e garantir a isonomia filial.”⁶

Importante salientar, ainda, que com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), principal instrumento normativo defensor dos interesses infanto-juvenis, a adoção passou a ser vista como uma medida de proteção.

De acordo com o artigo 98 do referido Estatuto, as crianças e adolescentes estão sujeitas a medidas de proteção em três situações, quais sejam: por ação ou omissão do Estado ou da sociedade; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável e, por último, em função da sua própria conduta, o que configura ameaça ou violação de seus direitos.

Assim, ocorrendo qualquer uma dessas hipóteses, a autoridade competente poderá determinar a aplicação das chamadas medidas protetivas, as quais estão elencadas no artigo 101 do mesmo diploma legal, estando entre elas a possibilidade de colocação em família substituta.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 5, p. 282.

⁵ VERONESE; PETRY, op. cit., p.113.

⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2013, p. 11.

Por fim, destaca-se que no Brasil, a adoção é regulada atualmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), bem como pela Lei n. 12.010/2009, que alterou e acrescentou novos dispositivos ao Estatuto da Criança e do Adolescente para aperfeiçoar a garantia do direito à convivência familiar, conforme se verá adiante. Ainda, o instituto da adoção possui proteção constitucional, de modo a assegurar o melhor interesse das crianças e adolescentes.

1.1 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL

O instituto da adoção está presente desde a Antiguidade, onde apresentava um significado diferente do atual.

“A adoção é compreendida como um dos mais antigos institutos, presente em praticamente todos os povos, surgiu como fruto de uma necessidade: impedir a extinção de famílias que não possuíam descendentes.”⁷

Na Antiguidade, a adoção estava intrinsecamente relacionada aos anseios de ordem religiosa, uma vez que era necessário o culto aos ancestrais, para que a família não se extinguisse.

É o que dispõe Bandeira:

[...] a adoção surgiu da necessidade, entre os povos antigos, de se perpetuar o culto doméstico, estando assim ligada mais à religião que ao próprio direito. Havia, entre os antigos, a necessidade de manter o culto doméstico, que era a base da família, sendo assim, a família que não tivesse filhos naturais, estaria fadada à extinção.⁸

No mesmo sentido:

A adoção surgiu remotamente no dever de perpetuar o culto doméstico. A mesma religião que obrigava o homem a casar-se para ter filhos que cultuassem a memória dos antepassados comuns vinha oferecer, por meio da adoção, um último remédio para evitar a desgraça representada pela morte sem descendentes. Permitia ao indivíduo, sem posteridade, obter filhos que lhe perpetuassem o nome e assegurassem o culto doméstico, uma necessidade material dos que se finavam.⁹

⁷ VERONESE; PETRY, op. cit., p. 15.

⁸ BANDEIRA, Marcos. Adoção na prática forense. 1. ed. Ilhéus: Editus, 2001, p.17.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 269.

O Código de Hamurabi é considerado a primeira codificação jurídica da Antiguidade a tratar do instituto da adoção, o qual tinha o único fim de assegurar a continuidade dos bens e do nome, visando-se apenas o interesse dos adotantes.

Na Grécia Antiga, a adoção era vista como um ato extremamente formal, de cunho religioso, onde apenas os cidadãos, que eram os homens livres maiores de 18 anos, possuíam o direito de serem adotantes, ao passo que podiam ser adotados tanto homens como mulheres. Destaca-se ainda que a adoção resultava no rompimento total do adotando com a família de origem, não podendo nem mesmo prestar funerais ao pai biológico.

Já no Direito Romano, além da necessidade de se perpetuar o culto doméstico e dar continuidade à família, a adoção tinha cunho político e econômico, pois se prestava como um modo de adquirir cidadania, permitindo também que plebeus se transformassem em patrícios e vice-versa.

No Direito Romano-helênico, por sua vez, “[...] a adoção não mais tinha um caráter religioso ou mesmo político, antes era utilizada como forma de possibilitar filhos a casas estéreis.”¹⁰

Na Idade Média, a adoção deixou de ser utilizada, pois além das invasões bárbaras, a Igreja era contrária a aplicação de tal instituto, só permitindo que os pais tivessem filhos de sangue.

O instituto da adoção entrou em desuso quando desapareceu a base religiosa que o incentivava, até ser reutilizado no Código Civil francês, por orientação de Napoleão, preocupado com sua sucessão, sendo acolhido pelas demais legislações modernas, com raras exceções.¹¹

O Código de Napoleão ou Código Civil Francês representou significativa mudança na concepção da adoção, quando em 1939 foi criado o instituto da “legitimação adotiva”, de modo que a adoção não poderia ocorrer a não ser que houvesse justos motivos e vantagens para o adotando. Assim, percebe-se que a adoção não mais passa-se a traduzir apenas aos interesses dos adotantes, mas sim, coloca em destaque as vantagens e interesses do adotando.

Essa nova concepção passou a ser adotada pelas legislações modernas, inclusive pela brasileira.

¹⁰ VERONESE; PETRY, op. cit., p.16.

¹¹ CARVALHO, op. cit., p. 03.

Já no Brasil, a adoção foi introduzida a partir das Ordenações Filipinas, mas foi o Código Civil de 1916 o primeiro diploma legal brasileiro a disciplinar de forma sistematizada acerca do referido instituto, dedicando 11 (onze) artigos para tratar sobre o tema. Nesse período, a adoção ainda apresentava idêntica função a do Direito Romano, que era atender apenas aos anseios dos adotantes, sem se preocupar com os interesses dos adotandos.

A esse respeito, dispõe Dimas Messias de Carvalho:

No Brasil a adoção não era sistematizada antes do Código Civil de 1916, quando passa a ser regulada com o objetivo de atender os interesses dos adotantes que não possuíam filhos, tanto que só podiam adotar os maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, permitindo ao casal, que já não possuía condições de ter filhos de sangue, suprir uma falta que a natureza criara.¹²

Com o advento da Lei n. 3.133/1957 houve um relativo avanço em relação ao conceito de adoção, que passou a ter finalidade assistencial:

A primeira importante modificação trazida pelo legislador, no campo da adoção, ocorreu com a Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957. Tal lei, reestruturando o instituto, trouxe transformações tão profundas à matéria que se pode afirmar sem receio de exagero, que o próprio conceito de adoção ficou, de certo modo, alterado. Isso porque, enquanto, dentro de sua estrutura tradicional, o escopo da adoção era atender ao justo interesse do adotante, de trazer para a sua família e na condição de filho uma pessoa estranha, a adoção (cuja difusão o legislador almejava) passou a ter, na forma que lhe deu a lei de 1957, uma finalidade assistencial, ou seja, a de ser, principalmente, um meio de melhorar a condição do adotado.¹³

Em 1965, surgiu a Lei n. 4.655, que foi considerada por inúmeros doutrinadores como marco na legislação brasileira, uma vez que criou a legitimação adotiva, consistente na igualdade de direitos entre legitimado e filho legítimo ou superveniente.

Na sequência, foi instituída a Lei n. 6.697/1979, também chamada de Código de Menores, a qual introduziu a adoção plena e suprimiu a legitimação adotiva, todavia manteve a adoção simples regulamentada no Código Civil de 1916.

A adoção simples era revogável pela vontade das partes e não cessava os direitos e obrigações resultantes do parentesco natural, não extinguia o vínculo do adotante com sua família biológica. Já na adoção plena, a criança e/ou adolescente adotado passava a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer

¹² Ibid, loc. cit.

¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume 6. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336.

vínculo com os pais biológicos. Todavia, em que pese o Código de Menores de 1979 ter constituído um avanço em algumas direções, continha alguns aspectos que permitiam críticas.

Pode-se dizer que os destinatários desse instrumento normativo eram somente aqueles que estivessem em “situação irregular”, aqui enquadrados as crianças e adolescentes que se encontravam em situação de pobreza. Nessa época, havia uma forte criminalização da infância em situação de pobreza, isto é, a falta de condições econômicas da família para garantir uma vida digna à criança configurava motivo suficiente para o Estado retirá-la do convívio familiar, decretando a perda ou a suspensão do poder familiar, e levá-la a um estabelecimento estatal “adequado”. Dessa forma, o Estado arredava-se da responsabilidade pela desigualdade social e miséria da maioria da população do país e a redirecionava para a criança e para a família, investindo-se do direito de sancioná-las pelo simples fato de serem “pobres”.

Nas palavras de Veronese e Silveira:

A doutrina da situação irregular encaixava crianças e adolescentes em um quadro de uma suposta patologia social: o carente, o delinquente, o abandonado, entre outras categorias e, assim, eximia o Estado da responsabilidade da efetiva aplicação das medidas contidas em seu bojo, já que os grandes responsáveis pela “delinquência” e pela “situação irregular” eram os próprios menores, vistos como meros objetos das políticas de controle social do Estado e não como sujeitos de direitos.¹⁴

Em meados de 1980, a posição que os infantes ocupavam na legislação brasileira começou a ser questionada:

A partir, sobretudo, da década de 1980, desencadeou-se um movimento social que passou a questionar o papel que a criança e o adolescente ocupavam no sistema jurídico brasileiro. Esta mobilização nacional que teve como um carros-chefe o Movimento dos Meninos e Meninas de Rua e outras organizações de proteção à infância desencadearam um processo de luta pelo exercício da cidadania, o que fez com que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, contemplasse uma série de garantias pertinentes ao universo infanto-juvenil.¹⁵

Nesse viés, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º, extinguiu todas as diferenças entre os filhos e vedou qualquer forma de discriminação na filiação, biológica ou afetiva, ao dispor que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção,

¹⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry e SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 217.

¹⁵ VERONESE; PETRY, op. cit., p. 109.

terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Em 1990 foi editada a Lei n. 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, considerada uma das mais modernas dentre as legislações voltadas aos interesses das crianças e adolescentes no mundo.

Referido diploma legal instituiu uma nova cultura em favor da infância e da juventude, adotando a Doutrina da Proteção Integral e reconhecendo as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Conforme dispõem Veronese e Silveira, o Estatuto da Criança e do Adolescente veio pôr fim a diversas situações que implicavam ameaça aos direitos das crianças e dos adolescentes, “[...]suscitando no seu conjunto de medidas, uma nova postura a ser tomada pela família, pela escola, pelas entidades de atendimento, pela sociedade e pelo próprio Estado, objetivando resguardar os direitos das crianças e adolescentes, zelando para que não sejam sequer ameaçados.”¹⁶

A esse respeito:

Nesse sentido, a Lei n. 8.069/90 se situa como a edificação de um novo paradigma jurídico, ao adotar a Doutrina da Proteção Integral, o que importa afirmar que as crianças e adolescentes, em face da sua condição de pessoas em processo de desenvolvimento, são merecedores de direitos próprios e especiais, além dos direitos fundamentais inerentes a todo ser humano.¹⁷

Já com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Poder Público passou a ter efetiva participação no processo da adoção e a principal inovação foi a redução da maioridade civil para 18 (dezoito) anos, que consequentemente, passou a ser tida como idade mínima para ser adotante. No mais, manteve-se os dispositivos da Lei n. 8.069/1990 que não foram regulados por este diploma legal, que acolheu seus princípios.

No mais, com a intenção de tratar o instituto da adoção em lei própria, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente deixa a desejar apenas no que tange ao seu procedimento, foi apresentado o Projeto de Lei n. 1756/2003 pelo Deputado João Matos, que levou o nome de Lei Nacional da Adoção, contando com 75 (setenta e cinco) artigos e retirava expressamente a adoção da Lei n. 8.069/1990.

Ocorre que tal projeto de lei não obteve o êxito esperado, culminando na aprovação da Lei n. 12.010/2009, a Lei Nacional da Adoção, com apenas

¹⁶ VERONESE; SILVEIRA, op. cit, p. 26.

¹⁷ Ibid, p. 118.

sete artigos, que introduziu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou dez artigos do Código Civil concernentes à adoção (arts. 1620 a 1629 do Código Civil), dando nova redação a outros dois artigos (arts. 1618 e 1619).¹⁸

Assim, traçados os aspectos históricos acerca da adoção no âmbito brasileiro, observa-se que atualmente a adoção possui como objetivo principal atender aos interesses das crianças e adolescentes, e não mais privilegiar os anseios daqueles que pretendem adotar. A adoção busca uma nova família para aquela criança ou adolescente que, em razão da impossibilidade de manutenção na família natural ou extensa, encontra-se privado da convivência familiar.

1.2 ADOÇÃO SEGUNDO O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI 8.069/1990

Não há que se olvidar que o instituto da adoção foi alvo de mudanças com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso porque, referido diploma legal ao adotar a Doutrina da Proteção Integral e observar o princípio do melhor interesse dos infantes, reconhece que a criança e o adolescente devem se desenvolver em ambiente familiar apropriado, de modo que a adoção entra nesse contexto para suprir a falta da família ou falta de ambiente familiar adequado, possibilitando melhores condições de desenvolvimento.

Dessa forma, a Lei n. 8.069/1990, ao adotar a Doutrina da Proteção Integral, significou uma verdadeira revolução para o direito infanto-juvenil, estabelecendo no ordenamento jurídico brasileiro uma concepção de infância atrelada à nova noção de cidadania estabelecida na Carta de 1988. Essa nova postura tem como alicerce a convicção de que criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais, que, em razão de sua condição específica e pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.¹⁹

Ademais, a Lei n. 8.069/1990 em seu artigo 41 passou a “[...]atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, salvo os impedimentos matrimoniais.”²⁰

Referido instrumento normativo ainda estabelecia, no seu artigo 42, que podiam adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil. Todavia, o dispositivo foi

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2010, p. 127.

¹⁹ VERONESE; SILVEIRA, op. cit., p. 27.

²⁰ VERONESE; PETRY, op. cit., p.121.

revogado parcialmente pela introdução do Código Civil de 2002, o qual reduziu a idade para 18 anos.

Ainda, o artigo 43, visando assegurar a proteção integral da criança e adolescente e o seu melhor interesse, determina que só será permitida a adoção se for apresentado reais vantagens para o adotando, devendo ser fundamentado em motivos legítimos.

Já o artigo 46 prevê a realização do estágio de convivência, procedimento que antecede a sentença judicial:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

Segundo Dimas Messias de Carvalho

O estágio de convivência pelo prazo que o juiz fixar é fundamental para verificar se o adotando se adaptou à família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir o filho afetivo, sendo imprescindível para demonstrar a conveniência do deferimento do vínculo, o que deve ser acompanhado por profissionais especializados e ao final apresentar relatório de estudo social, fornecendo subsídios da situação de fato para o magistrado deferir a adoção com segurança.²¹

Convém esclarecer que o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda judicial do adotante, independentemente da idade daquele, haja vista o que dispõe o §1º do artigo 46 do sobredito Estatuto.

A adoção só pode ser constituída por sentença judicial e obedece a todos os requisitos estipulados pelos parágrafos do art. 47 da Lei n. 8.069/1990. Sendo que a sentença que concede a adoção deve ter cunho constitutivo, pois institui uma nova relação de parentesco entre adotado e adotante, extinguindo o poder familiar da família de origem biológica.

Ressalta-se que a obrigatoriedade da sentença judicial para a efetivação do processo de adoção consiste num grande avanço, de modo que não é mais permitida a utilização de escritura pública para a concretização do procedimento, como constantemente ocorria.

Outra inovação introduzida pelo Estatuto foi a adoção póstuma, a qual pode ser deferida àquele que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do processo, antes de prolatada a sentença.

²¹ CARVALHO, op. cit.,p. 25.

Destaca-se, ainda, que a adoção está abarcada pela irrevogabilidade, de modo que a devolução da criança ou do adolescente adotado torna-se proibida se a adoção já foi concretizada. Veja-se:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Conforme já mencionado no início deste Capítulo, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu em artigo 98, uma nova perspectiva acerca do instituto da adoção, a função de proteção:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Assim, verificada qualquer dessas hipóteses, a autoridade competente poderá determinar a aplicação das chamadas medidas protetivas, elencadas no artigo 101, sendo a adoção uma delas, já que consiste numa modalidade de colocação em família substituta:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.

§ 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. (grifou-se)

Ressalta-se ainda que a adoção não é a única modalidade de colocação em família substituta, havendo ainda outras formas, como a tutela e a guarda, estabelecidas no artigo 28 da Lei n. 8.069/1990.

Não obstante, importante salientar que a colocação em família substituta somente ocorrerá em situações de excepcionalidade, quando não mais for possível a permanência da criança e/ou adolescente na sua família de origem. Logo, a prioridade é a manutenção do infante na família natural, consoante dispõe o artigo 19 do referido Estatuto:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Sobre o direito à convivência familiar, convém destacar:

A convivência familiar é um dos direitos assegurados constitucionalmente à criança e ao adolescente para fortalecer os vínculos de família e afetividade, essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, físico, mental e social. É uma necessidade vital da pessoa em formação viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e cuidados mútuos, desfrutando de uma rede afetiva onde pode crescer, brincar, ser tolerada, compreendida e amparada.²²

Referido diploma legal ainda reconhece a adoção por estrangeiro, conhecida como adoção internacional, permitindo ao estrangeiro residente ou domiciliado fora do país adotar criança ou adolescente brasileiro. Deve-se lembrar que essa medida tem caráter excepcional e deve seguir todos os requisitos expostos, a fim de se evitar qualquer tipo de prejuízo ao adotando, como o tráfico de crianças e adolescentes. O adotado só sairá do país quando completar todo o estágio de convivência em território nacional e a sentença transitar em julgado.

²² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 75.

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.

§ 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:

I - que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto;

II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no art. 50 desta Lei;

III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

§ 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece ainda em seu artigo 50, a criação de um cadastro de crianças e adolescentes adotáveis, assim como o de interessados em adotar:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. § 1º - O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público. § 2º - Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 29.

No entanto, referido diploma legal deixa a desejar no tocante ao procedimento da adoção, o qual é sistematizado de forma mais profunda pela Lei Nacional de Adoção (Lei n. 12.010/2009), que provocou algumas alterações no Estatuto, conforme se analisará adiante.

Assim, traçados alguns aspectos da adoção sob a ótica do Estatuto da Criança e Adolescente, pode-se afirmar que este instrumento normativo foi responsável por construir uma nova mentalidade, uma nova cultura acerca da infância e da juventude, de modo que a adoção é vista atualmente como meio para atender o bem estar das crianças e adolescentes, e não mais os interesses pessoais daqueles que pretendem adotar.

1.3 ADOÇÃO SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL – LEI 10.406/2002

O Código Civil de 2002 manteve as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os princípios consagrados na Constituição Federal.

Nas palavras de Venosa:

O que temos atualmente é uma harmonização entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que ambos tratam do mesmo assunto e por muitas vezes repete a mesma ideia básica do Estatuto, e em outras o completa, não existindo incompatibilidade entre ambas as normas.²³

Pode-se dizer que a principal inovação trazida pelo Código Civil de 2002 foi a redução da maioridade civil para 18 (dezoito) anos, que consequentemente, passou a ser tida como idade mínima para ser adotante, revogando, então, parcialmente o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estipulava a idade mínima em 21 anos.

O artigo 1618 do Código Civil assim preceituava:

Art. 1618. Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.

Parágrafo único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 18 (dezoito) anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

Observa-se ainda da leitura do parágrafo único do referido dispositivo, que bastava apenas que um dos cônjuges ou companheiros tivesse completado 18 anos de idade para a adoção ser formalizada. Ressalta-se que este artigo veio a ser modificado com o advento da Lei n. 12.010/2009.

O artigo 1.619 requeria uma diferença de idade entre adotando e adotante de dezesseis anos: “O adotante há de ser pelo menos 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado”. Destaca-se que essa diferença de idade já era exigida também no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No mais, outra grande inovação foi no sentido da constituição da adoção. Com a entrada em vigor do Código Civil, a adoção para maiores de dezoito anos, assim como ocorre para os menores desta idade, deveria obedecer a processo judicial com a intervenção do Ministério Público (art. 1.623 e § único, respectivamente). Contudo, pecou o diploma legal ao deixar de mencionar quais os requisitos necessários para o respectivo processo judicial de

²³ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.349.

adoção. De qualquer forma, a adoção, independentemente de idade, para ter eficácia e validade, deveria receber a chancela jurisdicional do Estado, mediante provimento judicial, qual seja, sentença de natureza constitutiva.

Ainda, adotando o princípio do melhor interesse da criança estampado no Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil, em seu artigo 1.625 (o qual também foi revogado posteriormente), estabelecia que a adoção somente seria admitida se constituísse efetivo benefício para o adotado, pois, afinal, o que se busca é proteger o adotando, a parte mais frágil e que por isso merece maior atenção.

O artigo 1.626 ainda atribuiu a condição de filho ao adotado e rompe o vínculo de filiação da família biológica, consistindo numa ratificação do artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 1626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Assim, referido dispositivo confirmou o princípio constitucional da igualdade, de que todos são iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção (artigo 5º, CF).

Deve-se observar ainda o parágrafo único do referido dispositivo, o qual consagrou a adoção unilateral, ressaltando que a adoção de filho de cônjuge ou companheiro pelo outro, não extingue o vínculo de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

No que concerne ao consentimento dos pais ou responsáveis legais do adotando, a regra é que deveria haver concordância para o deferimento da medida, nos termos do artigo 1.621 do CC. A exceção encontrava-se nas hipóteses do artigo 1.624:

Art. 1.624. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de menor exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

O art. 1.627 confirmou a mudança do sobrenome, autorizando, inclusive, a mudança do prenome: “A decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado”.

Confirma ainda o Código Civil de 2002, que os efeitos da sentença começam após o trânsito em julgado, sendo exceção a adoção *post mortem*, em que a lei determina o efeito retroativo à data do óbito

O art. 1.629, por sua vez, silenciou quanto à adoção internacional, deixando a adoção por estrangeiros às regras da Lei, em especial ao Estatuto da Criança e ao Adolescente.

Vale ressaltar que com a entrada em vigor da Lei n. 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção), houve a revogação dos artigos 1620 a 1629 do Código Civil, bem como a modificação dos artigos 1.618 e 1.619.

1.4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.010/2009 (LEI NACIONAL DA ADOÇÃO)

Com a intenção de tratar o instituto da adoção de maneira mais específica e em lei própria, houve a aprovação da Lei n. 12.010/2009, também chamada de Lei Nacional da Adoção, a qual inseriu importantes inovações no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando diversos dispositivos e aperfeiçoando o direito à convivência familiar da criança e do adolescente.

Diversas foram as modificações ocasionadas pela edição da sobredita norma legal, todavia no presente trabalho restringir-se-á àquelas produzidas no campo do instituto da adoção.

A primeira alteração significativa consiste na inclusão do §1º ao artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dá a adoção o caráter de irrevogabilidade. É claro que o caráter extraordinário e a impossibilidade de revogação já estava presente na doutrina, no entanto preocupou-se o legislador em normatizá-los. Além disso, houve a inclusão do §2º no mesmo artigo, vedando a adoção por procuração.

A Lei n. 12.010/2009 estabeleceu também importantes critérios para a realização do estágio de convivência, como por exemplo: a dispensa do estágio de convivência se o menor já estiver sob a guarda ou tutela do adotante durante tempo suficiente para a formação de vínculo afetivo (art. 46,§1º); cumprimento de no mínimo 30 (trinta) dias do estágio de convivência no território nacional, se o adotante residir no exterior (art. 46, §3º); e acompanhamento do estágio de convivência por equipe interprofissional do Juízo, com a elaboração de relatório sobre a adaptação do infante na família adotiva (art. 46,§4º).

No tocante ao registro da sentença de instituição do vínculo de adoção no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, este diploma legal estabeleceu algumas regras, dentre elas: opção de escolha de registro no Cartório de Registro Civil do local em que resida o adotante; armazenamento dos processos judiciais relativos à adoção para possibilidade de consulta a qualquer tempo; prioridade na tramitação dos processos em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou doença crônica; obrigação da oitiva do adotando, caso a modificação do prenome seja requerida pelo adotante, etc. Ressalta-se que essas modificações foram acrescentadas no artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já no artigo 48, foi acrescentado o parágrafo único, que dispõe que o acesso ao processo de adoção também poderá ser deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, garantindo o acesso irrestrito ao adotado acerca do processo judicial.

Não obstante, o legislador se preocupou em dar maior divulgação aos cadastros estaduais e nacional da adoção, incluindo o §5º no artigo 50 do Estatuto, estabelecendo que “serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.”

No que tange à adoção internacional, a Lei n. 12.010/2009 deixou clara a preferência de adoção por nacionais, exigindo-se, inclusive, prévia consulta de adotantes interessados com residência permanente no Brasil, quando da hipótese de interesse postulado por estrangeiro.

No mais, convém salientar de forma breve algumas modificações que não ocorreram no âmbito do instituto da adoção, mas que foram significativas para a garantia do direito à convivência familiar assegurado constitucionalmente às crianças e adolescentes.

Dispõe, novamente, Dimas Messias de Carvalho:

A Lei n. 12.010/2009 acrescentou o parágrafo único ao art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ampliando a família de origem além da restrita entre pais e filhos, conceituando a família extensa ou ampliada como aquela que se estende para além da família nuclear, formada pelos parentes próximos, como os avós e tios, com os quais o menor mantém convivência e possui afetividade e afinidade. A família extensa possui prioridade para acolher o parente na impossibilidade de ser mantido ou reintegrado na família natural ou nuclear.²⁴

²⁴ CARVALHO, op. cit., p. 13.

Tal instrumento normativo ao tratar sobre as medidas de proteção previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluiu alguns princípios que passaram a reger sua aplicação, quais sejam: condição dos infantes como sujeitos de direitos, proteção integral e prioritária, responsabilidade primária e solidária do Poder Público, prevalência da família biológica, responsabilidade parental, dentre outros.

No tocante às mudanças efetuadas no Código Civil de 2002, ressalta-se novamente que referida Lei revogou os artigos 1620 a 1629 do Digesto Civil, bem como modificou a redação dos artigos 1.618 e 1.619.

Por fim, pode-se dizer que a introdução da Lei n. 12.010/2009 no ordenamento jurídico brasileiro consolidou a valorização social das crianças e dos adolescentes e a crescente preocupação em regulamentar sua proteção integral, de modo a garantir seu pleno desenvolvimento e bem-estar.

Destaca-se ainda que os principais aspectos relacionados ao procedimento da adoção estão sistematizados nessa norma legal, conforme se verá adiante.

1.5 PROCEDIMENTO E FASES DA ADOÇÃO

O processo de adoção ocorrerá judicialmente à semelhança de uma demanda, respeitando-se os procedimentos previstos na Lei nº 8.069/1990 e na Lei n. 12.010/2009.

O procedimento da adoção é dividido em seis principais fases, quais sejam: petição inicial de habilitação, etapa de preparação dos pretendentes a adotantes, deferimento do pedido de habilitação e inscrição no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), requerimento de adoção, estágio de convivência e sentença.

Hália Pauliv de Souza salienta ainda que a adoção é precedida por uma etapa pré-processual:

O processo de adoção inicia-se de forma unilateral pelo pretendente a adotante e, independente de qualquer norma jurídica, trata-se de uma decisão pessoal em que os interessados em adotar se autoanalisam para que conheçam seguramente, a real motivação que os leva a complexidade deste ato.²⁵

²⁵ SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é adoção**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

Assim, vendida essa fase pré-processual de autoanálise, o processo de adoção deve se iniciar com uma petição inicial de habilitação, preparada por um defensor público ou particular, a qual deve ser protocolada no Juízo da Infância e da Juventude, acompanhada de alguns documentos, como certidão de casamento ou nascimento, cópia da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, entre outros. Só depois de aprovado, os nomes dos pretendentes à adoção serão habilitados a constar no Cadastro Nacional de Adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no Capítulo III, na seção VIII, introduzida pela Lei n. 12.010/2009, o procedimento para habilitação dos pretendentes à adoção (arts. 197-A a 197-E).

Ressalta-se que a idade mínima para se habilitar à adoção é 18 anos, independentemente do estado civil, desde que seja respeitada a diferença de 16 anos entre quem deseja adotar e a criança a ser acolhida.

Na sequência, antes de ser analisado o pedido de habilitação, os pretendentes à adoção deverão participar de uma preparação, a qual consiste na participação de programas oferecidos pela Justiça da Infância e da Juventude, que inclua apoio técnico, orientação e preparação psicológica. Tais programas também oferecerão estímulos à adoção inter-racial de crianças maiores ou de adolescentes com necessidades específicas de saúde, com deficiência ou grupos de irmãos e, se possível, incluirá ainda o contato dos postulantes com as crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional.

A equipe técnica deverá elaborar laudo para ser acostado ao pedido de habilitação e, após comprovada a participação no curso, o resultado da avaliação será encaminhado ao Ministério Público e ao juiz da Vara da Infância. Caso o representante do Ministério Público não possua alguma diligência a ser requerida, o juiz decidirá acerca do pedido de adoção.

Deferida a habilitação, os postulantes serão inscritos no Cadastro da Comarca onde se habilitaram e no Cadastro Nacional da Adoção.

Consoante dispõe o §13 do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção somente poderá ser deferida em favor de candidato não cadastrado quando se tratar de pedido de adoção unilateral, for formulado por parente que mantenha vínculos de afinidade e afetividade com o adotando ou por quem detenha a guarda ou tutela de criança maior de três anos e o período de convivência comprove a existência de lações de afinidade. Regra geral,

é indispensável a inscrição dos pretendentes à adoção no referido cadastro, exigência decorrente da Lei n. 12.010/2009.

Ainda por exigência da Lei Nacional da Adoção, o Conselho Nacional de Justiça baixou a resolução nº 54/2008, que criou o Cadastro Nacional da Adoção, que tem como principal objetivo encontrar pretendentes a adotantes residentes no Brasil, com crianças e adolescentes que possam ser adotados, evitando a adoção internacional.²⁶

Ademais, deve-se frisar que a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, nos termos do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deferido o pedido de habilitação com a consequente inscrição nos cadastros de adoção, deverá o postulante, através de entrevista técnica, informar o perfil da criança e/ou adolescente desejado, tratando-se essa etapa de um novo requerimento.

A Vara da Infância avisará a existência de uma criança e/ou adolescente com o perfil compatível, de modo que se houver interesse, ambos serão apresentados e entrevistados para informar se querem continuar com o processo ou não.

Havendo interesse na continuação do processo, o juiz expedirá um termo de guarda provisória e os postulantes ficarão responsáveis pelo adotando pelo tempo que o magistrado fixar, chamando-se esse período de estágio de convivência.

O estágio de convivência está disciplinado no art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim estabelece:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

Nas palavras de Dimas Messias de Carvalho:

O estágio de convivência pelo prazo que o juiz fixar é fundamental para verificar se o adotando se adaptou à família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir o filho afetivo, sendo imprescindível para demonstrar a conveniência do deferimento do vínculo, o que deve ser acompanhado por profissionais especializados e ao final apresentar relatório

²⁶ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82.

de estudo social, fornecendo subsídios da situação de fato para o magistrado deferir a adoção com segurança (art. 46, §4º, ECA).²⁷

Finalizado o período de convivência e constatado que a adoção constitui efetivo benefício para o adotando e atende ao seu melhor interesse, o juiz deferirá a adoção, através de sentença judicial, e esta produzirá efeitos a partir do trânsito em julgado, exceto quando o adotante falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença, caso em que terá força retroativa à data do óbito. É o que dispõe o art. 47, §7º da Lei n. 8.060/1990:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

[...]

§ 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Por fim, vale destacar que a adoção é irrevogável, não podendo o adotando desistir de medida, todavia é muito comum a existência de casos como esse na prática forense.

²⁷ CARVALHO, op. cit., loc. cit.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

Para que se discorra acerca da possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes à adoção nos casos de desistência da medida durante o estágio da convivência, faz-se necessária a análise do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente quanto aos seus requisitos, bem como a sua ocorrência no âmbito do Direito de Família.

2.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil exprime, basicamente, a ideia de obrigação de reparar o dano causado a outrem em razão de um desvio de conduta. Segundo Sérgio Cavalieri Filho²⁸, a responsabilidade civil “Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Nesse viés, infere-se que a responsabilidade civil está ligada, principalmente, à noção de reparação de dano, de modo que toda conduta humana que viola dever jurídico preexistente e causa prejuízo a outrem, é fonte geradora do referido instituto.

No mesmo sentido, Venosa entende que a responsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que tem por objeto o dever de indenizar, veja-se:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com a consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.²⁹

Logo, pode-se dizer que o sobredito instituto opera a partir de um ato ilícito, um desvio de conduta, do qual nasce a obrigação de indenizar, que tem por objetivo colocar a vítima na situação que estaria antes da ocorrência do evento danoso.

²⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

²⁹ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 01.

Por conseguinte, a responsabilidade civil pode dividir-se em diferentes espécies, em função de algumas peculiaridades, dependendo de onde provém o dever jurídico violado e qual o elemento subjetivo da conduta indevida. Nesse viés, a responsabilidade civil pode ser classificada quanto à origem, diferenciando-se a responsabilidade contratual da extracontratual; e quanto à culpa, diferenciando-se a responsabilidade subjetiva da objetiva.

No que se refere à responsabilidade contratual e extracontratual, Sérgio Cavalieri Filho estabelece que:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.³⁰

Desse modo, observa-se que tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual há a violação de um dever jurídico preexistente, ao passo que a única distinção reside na existência ou não de um contrato, no caso do ilícito aquiliano, onde o dever jurídico violado decorre da lei ou da ordem jurídica.

Além disso, conforme mencionado acima, há outra perspectiva acerca da classificação das espécies de responsabilidade civil, a qual está relacionada com o seu fundamento. No caso em apreço, a responsabilidade pode dividir-se em subjetiva ou objetiva, sendo que a única diferença entre as modalidades consiste, basicamente, na existência do elemento culpa.

Nessa hipótese, há a responsabilidade subjetiva quando se esteia na ideia de culpa ou dolo, de modo que a prova de culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Já no tocante à responsabilidade objetiva, a reparação do dano deve ocorrer independentemente da conduta culposa do causador do dano, bastando apenas a existência de nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano sofrido pela vítima. Assim, consoante dispõe Sérgio Cavalieri Filho, “[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável [...]”.³¹

³⁰ FILHO, op. cit., p. 30.

³¹ Ibid, op. cit., p. 181.

Destaca-se que essa diferenciação é de extrema relevância, pois a partir disso faz-se possível identificar os pressupostos da responsabilidade civil e quais os requisitos cada modalidade exige para restar configurada.

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

O artigo 186 do Código Civil estabelece que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”. Nesse viés, através da leitura do referido dispositivo, é possível identificar os três elementos considerados pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, conduta culposa do agente, nexo causal e dano.

Na concepção de Sérgio Cavalieri Filho, a conduta culposa do agente fica patente pela expressão: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia [...]”. O nexo causal, por sua vez, é revelado pelo verbo “causar”. E, por fim, o dano está na expressão: “[...] violar direito e causar dano a outrem”.

“Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil.”³²

Ressalta-se que o artigo 927 do Código Civil estipula que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”. Assim, é possível concluir que o artigo 927 completa o artigo 186 do Código Civil, de modo que através da junção destes, extrai-se os pressupostos da responsabilidade subjetiva acima mencionados.

Por conseguinte, convém destacar que nem todos os civilistas reconhecem a existência apenas destes três elementos quando se trata de responsabilidade civil subjetiva. Há autores, como por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves e Arnaldo Rizzardo, que entendem que a culpa deve ser vista como um pressuposto diferente daquele relacionado à conduta do agente, de modo que os pressupostos da responsabilidade subjetiva são: conduta comissiva ou omissiva, culpa, nexo causal e dano sofrido pela vítima.

No entanto, Sérgio Cavalieri Filho dispõe que:

³² Ibid, p. 33.

Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais corrente falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.³³

Desde já, destaca-se que ambas as correntes estão corretas, todavia apenas por critério metodológico se adotará neste trabalho a concepção de Sérgio Cavalieri Filho. Assim, passa-se à análise dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva de forma isolada.

2.2.1 Conduta culposa do agente

Na responsabilidade civil subjetiva, fundada no artigo 186 do Código Civil, a conduta culposa é um dos pressupostos essenciais à formação da responsabilidade subjetiva.

Entende-se por conduta todo o “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.³⁴

No caso em comento, a ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, uma vez que as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar seu semelhante, de modo que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Assim, “consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante.”³⁵

Já a omissão consiste no “[...] dever jurídico de agir, de praticar um ato pra impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.”³⁶ Logo, só pode ser responsabilizado por omissão aquele que tem o dever jurídico de agir, ou seja, estiver numa situação que o obrigue a impedir o resultado, pois, de modo contrário, toda omissão seria relevante.

Consoante o entendimento de Sérgio Cavalieri, o ato comissivo (ação) é aquele que não deveria, enquanto a omissão é a não observância de um dever.

³³ Ibid, p. 37.

³⁴ Ibid, p. 38.

³⁵ Ibid, p. 38.

³⁶ Ibid, p. 38.

No entanto, não basta apenas uma ação ou omissão para caracterizar a conduta culposa do agente, sendo necessário que este, no momento em que agiu, tenha capacidade de entender o que está fazendo e consciência da sua ação, além de que a conduta deverá se desviar do comportamento dele exigível. Nesse viés, a primeira exigência faz referência à imputabilidade do agente, a qual possui como elementos a maturidade e a sanidade mental, ao passo que a segunda se refere à culpa. “Dessa forma, para que alguém, ao praticar um ato ilícito, seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento, caso contrário, aquele que não pode querer e entender não incorre em culpa.”³⁷

Nesse caso, “imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo.”³⁸ É inviável responsabilizar alguém pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável da sua conduta.

Todavia, não basta apenas a imputabilidade do agente para que o ato lhe possa ser imputado, exigindo, ainda, o elemento culpa, pressuposto básico da responsabilidade civil subjetiva.

Quanto à culpa, importante tecer algumas considerações quanto ao seu significado, já que esta pode ser compreendida em sentidos distintos. O artigo 186 do Código Civil, anteriormente transcrito, estabelece que, aquele que agir com culpa, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito. Nesse ínterim, pode-se dizer que neste artigo está presente a culpa *lato sensu*, a qual de acordo com Sérgio Cavalieri Filho:

Culpa *lato sensu* indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é porque a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve responder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado.³⁹

Nesse viés, pode-se dizer que a culpa *lato sensu* abrange tanto o dolo como a culpa em sentido estrito. Por dolo, entende-se a conduta intencional, na qual o agente atua conscientemente de forma que deseja que ocorra o resultado antijurídico e assume o risco de produzi-lo, ou seja, é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

³⁸ FILHO, op. cit., p.40.

³⁹ Ibid, p. 44.

Já a culpa em sentido estrito (culpa *stricto sensu*) não existe a intenção de lesar. A conduta é voluntária, assim como no dolo, mas o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingí-lo ao agir sem o dever objetivo de cuidado, o qual revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia.

Convém citar as palavras de Rui Stoco:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direito propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*).⁴⁰

No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade de dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. [...] Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado.⁴¹

Todavia, na seara da responsabilidade civil, não possui grande relevância a distinção entre dolo e culpa em sentido estrito, uma vez que o objetivo é reparar o dano sofrido pela vítima e não punir o agente culpado, medindo-se a indenização pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa do agente.

Nesse sentido, conforme destaca Sérgio Cavalieri, não há necessidade em distinguir dolo de culpa, visto que, pelo nosso Direito, “o agente responde igualmente pelas consequências da sua conduta, sem se indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator ou se a violação foi especialmente querida”.⁴² Para o autor, a função da indenização é exclusivamente reparadora, não de punição da conduta, como ocorre na responsabilidade penal, onde o grau de culpa do agente exerce influência capital na graduação da pena.

2.2.2 Nexo de causalidade

⁴⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 133.

⁴¹ FILHO, op. cit., p. 46.

⁴² Ibid, p. 45.

De fato, o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o resultado, de modo que não é suficiente que o agente tenha praticado uma conduta ilícita e tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. “É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.”⁴³

Esclarece Gonçalves que a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o fato incriminado e prejuízo.⁴⁴ Exatamente esse vínculo entre o fato ilícito e o dano produzido designa-se nexo causal.

Na mesma diretriz, Rizzardo:

[...] para ensejar e buscar responsabilidade, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que importe em reparação pela sua mera verificação, e que se impute ou atribua a alguém que o causou ou ensejou a sua efetivação. Em três palavras resume-se o nexo causal: o dano, a antijuricidade e a imputação.⁴⁵

“Trata-se de elemento indispensável, posto que se a vítima, que experimentou um prejuízo, não identificar o nexo causal que levou o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.”⁴⁶

Não obstante, o nexo causal é elemento imprescindível em qualquer espécie de responsabilidade civil, ao contrário do que acontece com a culpa, que não está presente na responsabilidade objetiva.

Ademais, crível destacar que embora a identificação do nexo causal pareça ser simples, há situações em que a relação de causalidade entre a conduta praticada e o resultado torna-se mais complexa de se identificar, isto é, quando ocorrem várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, de modo que fica difícil precisar qual delas é a causa real do resultado.

Nesse viés, várias teorias se empenharam na resolução do problema, sendo pertinente destacar as três principais, quais sejam: da causalidade adequada, dos danos diretos e imediatos e da equivalência dos antecedentes.

⁴³ Ibid, p. 62.

⁴⁴ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 67.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4, p. 58.

Para a teoria da causalidade adequada, a qual é a mais utilizada pelos civilistas, quando “várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento. [...] Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais.”⁴⁷

No mesmo sentido, Gonçalves estabelece que nessa teoria a causa do dano será apenas “a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito”.⁴⁸

Já a teoria dos danos diretos e imediatos “[...]considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva.”⁴⁹ Assim, referida teoria exige uma relação de causa e efeito imediata entre a conduta e o dano, sendo indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.

Ressalta-se que esta é a teoria adotada pelo Código Civil, a qual está positiva no artigo 403 do mencionado texto normativo, veja-se:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Por fim, a teoria da equivalência dos antecedentes, a qual já foi abandonada, considera que “se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem”.⁵⁰ Nesse viés, todas as condições, antecedentes necessários ao resultado, se equivalem e foram determinantes para a ocorrência do resultado.

No mais, não se pode deixar de analisar os acontecimentos que rompem o nexo causal e excluem a responsabilidade dos agentes. Grande parte dos doutrinadores dividem os excludentes do nexo de causalidade em: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior, os quais passa-se à análise neste momento,

⁴⁷ FILHO, op. cit., p. 65.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 350.

⁴⁹ FILHO, op. cit., p. 67.

⁵⁰ Ibid, p. 64.

De acordo com Venosa, a culpa exclusiva da vítima elide o dever de indenizar, porque impede o nexo causal, faz desaparecer a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador⁵¹, devendo a vítima arcar com os prejuízos em virtude do agente que supostamente causou o dano ser, na realidade, instrumento do acidente.

À título de exemplo, pode-se citar o fato de uma pessoa atirar-se sobre a via pública, impossibilitando ao veículo atropelador evitar o resultado dano. Logo, não se pode falar em responsabilização do agente causador do dano, uma vez que o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo causal em relação a este.

Ademais, o nexo causal pode ser elidido com o fato de terceiro, ou seja, de pessoa diversa da vítima e do aparente causador do dano, mas que efetivamente foi o responsável pela conduta danosa.

A esse respeito, dispõe Sérgio Cavalieri Filho:

Ressalte-se, uma vez mais, que o fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando rompe o nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima e, por si só, produz o resultado. Em outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação causal entre a vítima e o aparente causador do dano; que seja algo irresistível e desligado de ambos. Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.⁵²

Nesse ínterim, em relação ao caso fortuito ou força maior, convém ressaltar que até hoje não se chegou a um entendimento uniforme a respeito de qual seria a diferença entre ambos, todavia o Código Civil, no parágrafo único do artigo 393, praticamente os considera sinônimos. Veja-se:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

No entanto, Cavalieri defende que a diferença existe, ao passo que caso fortuito trata de evento imprevisível, sendo, conseqüentemente, inevitável, enquanto que força maior na maioria das vezes é previsível, porém, também inevitável, como os fatos da Natureza. O elemento, então, indispensável para a configuração do caso fortuito é a imprevisibilidade

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 64.

⁵² FILHO, op. cit., p. 87.

específica ao caso concreto, já o elemento da força maior é a inevitabilidade em função do que seria razoável exigir-se.

De todo modo, independente das diferenças existentes entre ambos, o que realmente deve ser levado em consideração é que tanto um como o outro estão fora dos limites da culpa e tratam-se de circunstâncias externas, irresistíveis, que impede que o agente tenha a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava impelido.

2.2.3 Dano

Gagliano e Pamplona Filho definem o dano como sendo “a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”⁵³ Pode-se dizer que este terceiro pressuposto da responsabilidade civil subjetiva está no centro da obrigação de indenizar. Não há que se falar em responsabilização civil se não fosse a existência de um dano, pois pode haver responsabilidade sem culpa, mas nunca sem dano.

Aliás, o artigo 927 do Código Civil é cristalino ao afirmar que só há o dever de reparação quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Assim, se ocorre a indenização sem a existência de um dano sofrido pela vítima, há o enriquecimento ilícito.

Ademais, Sérgio Cavalieri Filho ainda define o dano “[...]como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade, etc.”⁵⁴ Assim, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, surgindo daí a divisão do dano em moral e patrimonial.

O dano patrimonial, também chamado de material, é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, consistente na deterioração ou na perda dos bens materiais que lhe pertencem, de modo que é suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Este subdivide-se em dano emergente (aquilo que a vítima efetivamente perdeu) e em lucros cessantes (o que razoavelmente a vítima deixou de lucrar).

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 82.

⁵⁴ FILHO, op. cit., p. 93.

O dano moral ou extrapatrimonial, em síntese, é aquele que atinge a dignidade da pessoa humana, sem lesar seu patrimônio. Nas palavras de Gonçalves, “é lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”.⁵⁵

Já Cavalieri entende que o dano moral pode ser entendido tanto em sentido escrito como amplo. Em sentido estrito, o dano moral seria a transgressão do direito à dignidade da pessoa humana, conforme citado acima, direito esse que engloba a proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, fazendo com que a Constituição Federal imponha, em seu artigo 5º, V e X⁵⁶, a integral reparação do dano moral quando violado tal direito. Já dano moral em sentido amplo, seria a violação de algum atributo da personalidade, abrangendo todas as ofensas à pessoa, de modo que sua dignidade não necessariamente precisa ser arranhada.

No entanto, deve-se tomar cuidado que nem todo mero aborrecimento ou angústia pode ser considerado dano moral. Inúmeros são os casos de ações judiciais movidas com o intuito de obter indenização em razão de um mero dissabor, que nem sequer causou uma ofensa à dignidade da pessoa.

Como forma de evitar a chamada “industrialização” do dano moral, Sérgio Cavalieri Filho leciona que:

[...]só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia ou desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.⁵⁷

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 377.

⁵⁶ CF/1988, Art. 5º. [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁵⁷ FILHO, op.cit., p. 111.

Logo, pode-se dizer que só deve ser considerado dano moral, aquele vexame ou sofrimento que tem por causa a real agressão à dignidade de alguém, devendo o Juiz, no caso concreto, analisar as circunstâncias de cada caso, baseado num juízo de ponderação.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO

Conforme exposto acima, a responsabilidade civil quanto ao seu fundamento, divide-se em subjetiva e objetiva. A diferença entre as duas consiste na necessidade do elemento “culpa” na primeira e a indiferença quanto a isso na segunda. Desse modo, verifica-se que os pressupostos da responsabilidade civil objetiva são os mesmos que aqueles apontados na responsabilidade civil subjetiva, como a atividade ilícita, o dano e o nexo causal, excluindo-se apenas a conduta culposa.

Nesses termos, dispõe Cavalieri:

Importa, isso, admitir que também na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento.⁵⁸

O Código Civil de 2002 fez diversas modificações para ajustar-se à evolução da responsabilidade civil, consagrando a responsabilidade civil objetiva em extensas cláusulas gerais, como: o abuso de direito (artigo 187); exercício de atividade de risco ou perigosa (artigo 927, parágrafo único); danos causados por produtos (artigo 931); responsabilidade por fato de outrem (artigo 932 c/c artigo 933); responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (artigos 936, 937 e 939); e responsabilidade dos incapazes (artigo 928).

No caso do presente trabalho, focar-se-á na discussão acerca do abuso de direito, o qual tem aplicação em todos os campos do direito, inclusive no objeto de estudo desse trabalho, qual seja, a possibilidade de reparação civil pelos pretendentes à adoção nos casos de desistência durante o período de convivência.

⁵⁸ Ibid, p. 179.

De fato, a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva está positivada no artigo 927 do Código Civil, conjugada com o artigo 187 do mesmo diploma legal. Este último artigo conceitua o abuso de direito nos seguintes termos:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Pode-se dizer, então, que o abuso de direito consiste no uso excessivo de um determinado direito, de forma que o agente o utiliza de forma abusiva em face dos limites estabelecidos normativamente acerca do seu exercício.

Nas palavras de Cavalieri, “O que caracteriza o abuso de direito, portanto, é o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito”.⁵⁹ Logo, o abuso de direito também constitui um ato ilícito, e quem praticá-lo e causar dano a outrem, ficará obrigado a indenizá-lo, nos termos do artigo 927 do Código Civil.

Ademais, há duas teorias que definem o abuso de direito. Para a teoria tradicional, que é a subjetiva, “haverá abuso de direito quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado deliberadamente com o interesse de prejudicar alguém”. Por outro lado, a teoria objetiva defende que o abuso de direito consiste no “uso anormal do direito ou antifuncional do direito”, não sendo necessária a consciência do agente que, ao exercer seu direito, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico.⁶⁰

Da análise detida do artigo 187 do Código Civil, pode-se afirmar que o legislador adotou a teoria objetiva do abuso de direito, ao revés da subjetiva. Isso porque, da leitura do mencionado dispositivo, infere-se que são requisitos para a caracterização do abuso de direito: a) o exercício de um direito; e b) que tal exercício ofenda manifestamente a finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes.

Observa-se que não se exige, para fins de aferição do abuso de direito, a intenção ou a consciência do agente de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela lei, de modo que não há que se verificar a existência de culpa.

⁵⁹ Ibid, p. 203.

⁶⁰ Ibid, p. 204.

Nesse mesmo sentido, é a orientação advinda do enunciado 37 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 37, Jornada de Direito Civil:

“A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.⁶¹

Verifica-se, portanto, que é prescindível o elemento subjetivo culpa ou a finalidade de causar prejuízo para que ocorra o abuso do direito e as consequências que dele advêm.

No mais, estabelecida a premissa de que não se faz necessário o exame do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente quando da prática do ato abusivo para sua configuração, convém citar quais são os critérios necessários para tanto.

Conforme já ressaltado, o que caracteriza o abuso de direito é o seu anormal exercício, aquele que se afasta da boa-fé, dos bons costumes ou da finalidade social ou econômica do direito. Extrai-se, então, que os requisitos para a caracterização do abuso de direito são, em primeiro lugar, o exercício de um direito por seu titular e a violação de limites objetivos, quais sejam, o fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé ou os bons costumes.

Por “exercício de um direito” pode-se entender uma conduta, praticada por determinado agente, que encontra respaldo em lei. No tocante aos limites estabelecidos pela lei, pode-se entender o fim econômico como sendo “[...] o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício.”⁶² Ou seja, a função econômica busca a realização do objetivo de ordem patrimonial visado pelo direito que se trata.

Já o fim social, é assim resumido por Cavalieri Filho: “Toda sociedade tem um fim a realizar: paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo está, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propôs.”⁶³ Assim, entende-se que o fim social do direito busca estabelecer a finalidade para a qual o ordenamento jurídico criou a norma concessiva de determinado direito subjetivo.

Em relação à boa-fé, dispõe Bruno Miragem:

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, 11. ed. Bahia: Juspodvm, vol. 1, 2013, p. 703.

⁶² FILHO; op. cit., p. 208.

⁶³ Ibid, p. 213.

[...]a boa-fé apresenta, em matéria de limite ao exercício de direitos, papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário desses deveres. Este terá, portanto, de exercer os direitos de que é titular, circunscrito aos limites que eles lhe impõem.⁶⁴

Logo, a boa fé “significa que as pessoas devem ter um comportamento honesto, correto e leal, principalmente em função dos interesses do outro, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.”⁶⁵

Por fim, no que tange aos bons costumes, estes compreendem “as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam”. O abuso ocorrerá quando o agente contrariar a ética dominante ou “os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio”.⁶⁶

Nesse viés, analisados os requisitos fundamentais para a caracterização do abuso de direito, exame que far-se-á necessário para averiguar a possibilidade de reparação civil dos pretendentes à adoção, em virtude da desistência da medida durante o estágio de convivência, passa-se à discussão acerca da incidência na responsabilidade civil no ramo do Direito de Família.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Segundo Venosa, os valores mais acentuados das famílias sofreram modificações nas últimas décadas. A responsabilidade extracontratual deixou de representar apenas uma reposição patrimonial do dever de indenizar no direito contemporâneo, deslocando-se a jurisprudência para o campo dos valores existenciais que se traduzem, ou seja, a possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral. Impende considerar que atualmente, na seara familiar, busca-se a tutela da personalidade e, conseqüentemente, da dignidade humana.⁶⁷

A reparabilidade dos danos morais no Direito brasileiro foi elevada à garantia de direito fundamental com a Constituição de 1988, “encerrando de uma vez por todas a

⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143.

⁶⁵ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 83.

⁶⁶ FILHO, op. cit., p. 216.

⁶⁷ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 6, p. 317.

digressão doutrinária e jurisprudencial até então reinante no Brasil negando a indenização pelo agravo moral”.⁶⁸

Não há que se olvidar que o Direito de Família guarda profunda relação com a responsabilidade civil. “Mais do que nunca se fala em responsabilidade civil, ou dano moral decorrentes de relações familiares, seja pelo fim de um casamento, um noivado, um namoro, resultante do abandono afetivo filial ou a partir de uma alienação parental.”⁶⁹

Assim, à medida que se compreende o real conceito de dignidade da pessoa humana e se lhe dá o devido desdobramento na definição dos correspondes direitos de personalidade, logo se percebe o aumento das hipóteses de ofensa a tais direitos, e se ampliam as oportunidades para a existência do dano.⁷⁰

Havendo ofensa aos direitos de personalidade, ainda que no núcleo familiar, não se pode negar ao lesado a possibilidade de reparação por dano moral, servindo esta como uma forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é irreparável.

Quanto à função da reparação pelo dano moral, ressalta Amorim: “Fato é que o dano moral ganhou um caráter punitivo e pedagógico. Punitivo, para que sirva de reprimenda àquele que perpetrar o ilícito; pedagógico para que sirva de forma de conscientização não só para o autor do dano mas também para todas as demais pessoas.”⁷¹

Sobretudo, diante da quantidade de casos em que se observa o desrespeito e a violação dos direitos de personalidade da pessoa dentro do núcleo familiar, faz-se imperioso que o instituto da responsabilização civil atue cada vez mais nas relações familiares, devendo-se atentar, contudo, para a não ocorrência da banalização do dever de indenizar.

Destaca-se que o Direito de Família apresenta como escopo a centralização de esforços na busca pela valorização da pessoa e pela proteção de sua dignidade humana, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não se podendo permitir a ocorrência da violação desses princípios no ambiente familiar, de modo que os integrantes da família devem ter seus direitos elementares resguardados e protegidos.

⁶⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 337.

⁶⁹ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Manual de Direito das Famílias**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 70.

⁷⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil no direito de família**. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). **Dano Moral e sua quantificação**. 4. ed. rev. e amp. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2007. p. 303-304.

⁷¹ AMORIM, op. cit., loc. cit.

3. A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO PELA DESISTÊNCIA DA MEDIDA DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA.

Há uma necessidade de se avaliar a possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes à adoção em caso de desistência da medida, sobretudo diante da frequência com que casos desta natureza tem se repetido no dia-a-dia forense, em total desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta em relação à proteção integral à infância e à juventude.

Inúmeros são os casos de pessoas que iniciam o procedimento de adoção e, ao chegar na fase final, denominada de estágio de convivência, simplesmente desistem da medida, sem qualquer motivo plausível, de modo que a criança e/ou adolescente são devolvidos para as instituições de acolhimento.

Conforme explanado no Capítulo 1 deste trabalho, a importância do estágio de convivência consiste na adaptação entre as partes interessadas com acompanhamento do Poder Judiciário, que avaliará se a inserção do adotando na família dos adotantes terá resultados favoráveis ou não para a criança ou adolescente, de modo a evitar que ocorram adoções precipitadas que geram situações irreversíveis e de sofrimento para todos os envolvidos.

Ora, é evidente que quando se alcança essa etapa do procedimento de adoção, a criança e/ou adolescente a ser adotado já criou uma expectativa de fazer parte de uma nova família, de modo que se ocorre a desistência da medida, não há que se olvidar que tal ato causa grande abalo emocional para os infantes, que se veem novamente privados do direito à convivência familiar.

Deve-se ressaltar que a criança e o adolescente são considerados seres em desenvolvimento, gozando de proteção integral e prioritária na área do Direito de Família e outros ramos congêneres, de forma que é imperioso que seus direitos sejam respeitados.

Nesse viés, é patente que com a ocorrência deste ato odioso de devolução, esses seres têm os seus direitos mais elementares violados, de maneira que não se pode permitir que atitudes como essa saiam impunes, sendo necessário encontrar meios para desencorajar tal prática, como a possibilidade de indenização por danos morais, que será analisada adiante.

3.1 DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Conforme narrado anteriormente, o chamado período de convivência, uma das etapas integrantes do processo de adoção, encontra-se previsto no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não há que se olvidar que esse período pode ser considerado um dos pontos mais relevantes do processo de adoção, já que tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar. “É nesse período que se consolida a vontade de adotar e de ser adotado; também é nesse estágio que é feita a avaliação por parte do juiz e de seus auxiliares, sobre a conveniência da adoção.”⁷²

Pode ser definido ainda como sendo “[...] um período de adaptação da criança ao novo *status* familiar, possibilitando a aferição dos atributos pessoais, compatibilidades ou incompatibilidades porventura existentes e, conseqüentemente, a conveniência ou não da constituição do vínculo afetivo.”⁷³ “É no estágio de convivência que a autoridade judiciária apurará se os novos pais não estão apenas motivados, mas efetivamente preparados para receber o adotando como filho em seu lar.”⁷⁴

Fato é que justamente nesse período, o qual antecipa o anseio da criança e do adolescente em fazer parte novamente de uma família e cria uma expectativa por parte dos mesmos, que começam a surgir os impasses. São frequentes os casos de casais que após iniciarem o estágio de convivência no anseio de adotar, simplesmente desistem, “devolvendo” o adotando aos cuidados do Poder Judiciário, sem qualquer motivo para tanto.

Nas palavras de Márcia Frassão:

A adoção é precedida de um estágio de convivência, estágio esse determinado pela autoridade judiciária, com o objetivo de avaliar o desenvolvimento dos laços afetivos entre o adotante e o adotado. É neste estágio que comumente se observa a ocorrência de devoluções, onde as

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 340.

⁷³ COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 100.

⁷⁴ VERONESE; SILVEIRA, op. cit., p. 118.

manifestações das dificuldades no relacionamento são percebidas como impeditivas para a concretização da adoção.⁷⁵

Não obstante, ainda dispõe Maria Isabel de Matos Rocha:

É justamente nesse período que o adotando passa a mostrar sua individualidade e com ela pode vir a rejeição por parte dos adotantes pelo “diferente”, pelo “outro”, o que não ocorre com o filho biológico, em que tal atitude é vista e aceita como afirmação de uma personalidade própria. No filho adotivo, essa atitude é vista como mostra de más tendências ou traços psicológicos ruins oriundos da família biológica.⁷⁶

De fato, essa devolução da criança e do adolescente às instituições de acolhimento pode ocorrer, pois a adoção ainda não foi concretizada e, portanto, não está sujeita a irrevogabilidade estampada no artigo 39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, embora não haja vedação legal que impeça tal prática, não é possível permitir que os infantes fiquem sujeitos à discricionariedade irresponsável dos pretendentes à adoção.

É evidente que a desistência da medida inicialmente pretendida, provoca no adotando uma ideia de rejeição, que certamente será gravada em sua alma. A propósito, é justamente por esse motivo, que o período de convivência não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo psicológico ou emocional para os adotandos, especialmente diante do princípio norteador do Estatuto da Criança e Adolescente, o da proteção integral à infância e à juventude.

Ressalta-se que referido diploma legal, em seus artigos 3º a 6º, destaca a proteção do melhor interesse da criança, reconhecendo a sua situação de vulnerabilidade, respeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a reconhece como sujeito de direitos.

Não obstante, a própria Constituição Federal em seu artigo 227 estabelece que a criança e o adolescente são merecedores de proteção especial, com absoluta prioridade, incumbindo o dever de proteção aos pais, à família, à sociedade e ao poder Público:

⁷⁵ FRASSÃO, Marcia Cristina G. O. Frassão. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas**: Uma compreensão dos aspectos psicológicos, através dos procedimentos legais. Florianópolis, 2000, p. 34.

⁷⁶ ROCHA, Maria Isabel de Matos. **Crianças “desenvolvidas”**: os “filhos de fato” também têm direito? (Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito mal sucedidas). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5541&revista_caderno=12>. Acesso em: nov. 2016.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, a doutrina da proteção integral estabelece uma variedade de princípios orientadores de regras, valores e direitos a serem observados pela família, sociedade e poder público, assegurando o pleno desenvolvimento e a primazia no atendimento dos interesses da criança e do adolescente.

Veronese e Silveira destacam que a manutenção dos direitos dos infantes é de responsabilidade da família, da comunidade e do Estado. "São eles que irão proteger e promover o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, devendo cada qual cumprir seu dever, desempenhar os seus papéis, objetivando assegurar a efetividade e o respeito aos direitos da criança e do adolescente."⁷⁷

Ana Amorim ensina que a maior vulnerabilidade e fragilidade das pessoas em desenvolvimento as fazem destinatários de um tratamento especial, exigindo um leque de direitos e garantias que devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, para colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, permitindo gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.⁷⁸

Logo, embora seja plenamente possível a desistência da adoção durante o estágio de convivência, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente deve ser colocado acima de qualquer outra consideração, ou seja, é o bem-estar destes seres em desenvolvimento que deve sempre prevalecer.

Nesse viés, ao contrário do que se faz crer, o estágio de convivência não se constitui em direito instituído em favor dos adotantes, mas um período de tempo em que, por cautela, quis o legislador que a equipe interprofissional do Juízo avaliasse a conveniência da constituição do vínculo, em atenção ao melhor interesse dos infante-juvenis. Ainda que o período de convivência se traduza em favor dos adotantes, no sentido que eles também

⁷⁷ VERONESE; SILVEIRA, op. cit., p. 34.

⁷⁸ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65.

possam avaliar a adaptação da criança em seu núcleo familiar, mesmo assim não lhes será legítimo que abusem no exercício desse direito, de modo a causar graves prejuízos psicológicos aos infantes.

Não há que se olvidar que a desistência da adoção pelos futuros pais é sentida pela criança ou pelo adolescente como um segundo abandono, pois a criança foi rejeitada ou abandonada pelos seus pais biológicos e em um novo momento é abandonada pelos pais adotivos, o que resulta numa grande frustração e abala a autoestima da criança.

A esse respeito, dispõe Katia Regina Maciel:

Quanto mais o tempo passa, mais se forma no adotando o sentimento de amor e carinho e a sensação de estar sendo aceito em um núcleo familiar, passando a sentir a segurança de ter uma família; a passagem do tempo forma, mais e mais, o senso de segurança de estar sendo aceito no núcleo familiar. Quando ocorre a devolução do adotando, após longo decurso do tempo, sem motivo justo, está sendo cometida grande violência contra aquele, que está sendo rejeitado.⁷⁹

No mesmo sentido, Riede e Sartori:

A devolução num processo de adoção malsucedido representa para a criança a vivência de um estado de duplo abandono: por um lado se repetem sentimentos já vivenciados com a perda da família de origem; por outro significa o fracasso da promessa da existência de uma nova família, à volta para uma instituição de acolhimento, a espera pelo surgimento de uma nova possibilidade de adoção e a desconfiança de que não exista ninguém capaz de realmente ama-la.⁸⁰

É crível que a devolução da criança a essa altura do procedimento causa abalos emocionais severos, caracterizando, sem sombra de dúvida, o famigerado dano moral. Isso porque, referida atitude extrapola os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social, consistindo num abuso de direito (artigo 187, do Código Civil), devendo, assim, ser reparado.

Ademais, fundamental ressaltar que a possibilidade de indenização por dano moral no caso em comento apresenta um caráter punitivo, uma vez que servirá de reprimenda àquele

⁷⁹ MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313.

⁸⁰ RIEDE, Jane Elisabete. e SARTORI, Giana Lisa Zanardo Sartori. **Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes**. Perspectiva, Erechim. v. 37, n. 138. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_354.pdf>. Acesso em 17/11/2016.

que praticou o ilícito, bem como pedagógico, já que servirá de conscientização não só para o autor do dano, mas para as demais pessoas, de modo a desencorajar este ato odioso de devolução.

Fato é que o procedimento de adoção deve ser encarado com mais seriedade, e não como uma aventura, ao passo que os futuros pais devem ter a consciência que o objetivo principal da adoção é a busca de uma família para crianças e/ou adolescentes que por algum motivo não a possuem, de modo que a reinserção num novo núcleo familiar possa apagar, ou pelo menos amenizar, o doloroso passado vivenciado por eles, em atenção ao seu melhor interesse. A adoção não visa buscar filhos para famílias que por algum motivo pessoal pretendem adotar, atendendo apenas aos seus interesses pessoais, mas sim, objetiva principalmente, propiciar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, que lhe foi retirado no passado.

Nas palavras de Weber, “o processo de adoção tem modernamente a ideia de dar famílias para crianças que não as possuem, tornando-se secundário a ideia de dar filhos a pais que, por motivos biológicos não podem ter ou que por qualquer outro motivo desejam adotar.”⁸¹

Sabe-se que a família é referência fundamental para qualquer criança e/ou adolescente, pois é esta que propicia os aportes afetivos e sobretudo materiais necessários de desenvolvimento e bem-estar de seus componentes, independentemente do arranjo familiar.

Ademais, embora os abrigos atendam na maioria das vezes às necessidades mais básicas das crianças e adolescentes que lá se encontram, como alimentação, cuidados com a saúde, higiene, etc., é evidente que estes locais apresentam algumas deficiências, principalmente no que tange ao amparo afetivo, elemento indispensável para um desenvolvimento sadio dos infantes. Por tal motivo, é que o direito à convivência familiar mostra-se tão necessário para esses seres em desenvolvimento e é justamente isso que a adoção visa garantir.

No mais, continuando a discussão acerca da possibilidade de indenização por dano moral no caso em apreço, destaca-se, mais uma vez, que a desistência da medida causa sim um dano para a criança e/ou adolescente.

⁸¹ WEBER, Lidia Dobrianskyj. **Famílias por adoção:** muito além do esteriótipo. Brasília, 25.05.2012. Disponível em: <http://www.unb.br/noticias/unbagencia/artigo.php?id=536#>. Acesso em: 11 nov. 2016, p. 01.

Conforme narrado no Capítulo 2, quando se analisou os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, foi mencionado que o dano moral é aquele que atinge a dignidade da pessoa humana.

In casu, não há que se olvidar que a devolução imotivada causa graves abalos psicológicos aos adotandos, mormente pela evidente lesão aos direitos de personalidade destes, ante a incontestada frustração das expectativas legítimas de que a adoção seria ultimada.

Nesse contexto, embora o período de convivência seja anterior à sentença, é evidente que proporciona à criança e adolescente um sentimento de confiança de que a adoção irá se efetivar, até porque o estágio de convivência só aconteceu por vontade do adotante que demonstraram a intenção de realizar o procedimento. Assim, é plausível concluir que essa atitude transmite confiança aos adotandos e, inevitavelmente, os fazem criar expectativas, até porque na maioria das vezes, o estágio de convivência não passa de um processo burocrático da adoção, de modo que os futuros pais transmitem à criança ou adolescente a ideia de que está tudo certo e apenas estão aguardando o deferimento da medida.

Logo, a desistência da medida de forma imotivada e imprudente, rompe de forma brusca o vínculo familiar, que sem sombra dúvidas, já se iniciou, podendo causar diversos problemas ao adotando, inclusive de autoestima. Afinal, a criança e/ou adolescente, já muito revoltado e sensibilizado, tem de enfrentar pela segunda (ou terceira, quarta) vez a situação de abandono e rejeição.

Portanto, a reparação civil, consistente na indenização por dano moral é medida que se impõe, ante à grave lesão aos direitos de personalidade da criança e/ou adolescente e à violência psicológica ocasionada, situação que constitui ato ilícito, em razão do abuso de direito, nos termos do artigo 927 e 187 do Código Civil. Ressalta-se que a questão da devolução ser considerada um abuso de direito, será analisada adiante.

3.1.1 A expectativa dos futuros pais

Conforme exposto anteriormente, apesar da adoção ser irrevogável, a devolução ou “restituição” pode ocorrer durante o estágio de convivência, período anterior à sentença de adoção em que o adotante está com a guarda provisória da criança. Durante este período, os

candidatos à adoção que encontram dificuldades na relação com a criança e/ou adolescente podem desistir da medida, de modo que estes retornam para as instituições de acolhimento.

De modo geral, pode-se dizer que uma das principais causas para essas “devoluções imotivadas” consistem na fantasia ou na romantização criadas pelos futuros pais em relação ao adotando. O que se observa, é que muitos idealizam uma criança ou adolescente que não existe, acreditando que não haverá dificuldades de relacionamento, o que acaba resultando numa frustração.

A esse respeito, dispõe o psicólogo Luiz Schettini Filho:

Como é hábito em nossa cultura, esperamos ver em nossos herdeiros determinadas semelhanças e diferenças em relação a nós, que vão desde os aspectos físicos aos de temperamentos e de outros atributos da personalidade. É comum ouvir de pais adotivos, sobretudo as mães, que a criança que vão adotar é a reprodução da que existe em sua imaginação. Essa idealização chega, às vezes, ao exagero de se fazerem verdadeiras montagens à moda dos “retratos falados” policiais. Tiram-se pedaços de uns e de outros para compor a imagem física desejada; juntam-se características da mais alta qualidade para compor e estrutura intelectual; reúnem-se as mais finas habilidade artísticas e profissionais para dar ao filho da imaginação as formas que irão trazer a satisfação de uma realização pessoal, certamente admiradas pelo mundo.⁸²

Na prática essa romantização é destruída e os pais devem ter consciência que as crianças ou adolescentes que forem adotar apresentam um histórico de rejeição decorrente do rompimento do vínculo com sua família biológica, e que em muitos casos, podem apresentar um certo medo e até dificuldades de relacionamento, até o momento em que se sintam seguros para tanto.

Os futuros pais devem ter, acima de tudo, paciência para lidar com a situação, pois adotar não é tarefa fácil, cada criança e adolescente apresenta históricos dos mais variados e muita tristeza gravada em sua alma em razão do desprendimento com a sua família de origem e merecem muito cuidado, proteção e compreensão para poder superar, ou ao menos amenizar, esse doloroso passado.

⁸² SCHETTINI, Luiz Filho. **Compreendendo o filho adotivo**. 2. ed. Recife: Edições Bagaço, 1995, p. 44.

Fato é que quando a adoção resta frustrada, os futuros pais tentam encontrar um culpado, de modo que a culpa é na maioria das vezes direcionada à criança ou adolescente por apresentar um comportamento “inadequado”, sendo então considerados os responsáveis pela devolução.

No entanto, os adotantes não conseguem reconhecer que o real motivo pelo fracasso da medida, é em razão destes idealizarem a criança a ser adotada, de modo que fantasiam a família a ser formada.

Ademais, mesmo que o instituto da adoção já tenha passado por modificações significantes, ainda há uma visão preconceituosa acerca desta medida, de que esta nunca poderá formar um núcleo familiar real e que as crianças e/ou adolescentes são “problemáticos”. Essa visão preconceituosa se observa claramente, pois nas primeiras dificuldades de convivência que a criança apresenta, ela é devolvida para o abrigo, sem ao menos levar em considerações as fantasias inconscientes que foram criadas pelos futuros pais em relação à família adotiva.

Vale destacar que esse preconceito cultural está enraizado na mente de grande parte da sociedade, ao passo que muitos desmerecem essas crianças e desacreditam de sua capacidade de serem seres humanos completos e iguais em direitos. Nota-se claramente essa situação nas justificativas apresentadas para a devolução, de modo que os adotantes restringem-se apenas a tentar culpabilizar os infantes, não sendo capazes de assumir que o fracasso da medida muitas vezes baseia-se na sua falta de tolerância e paciência perante a individualidade da criança e/ou adolescente.

Além disso, pode-se elencar ainda como sendo alguns dos motivos para o fracasso da adoção, a falta de preparo e maturidade psicológica dos futuros pais para assumir a responsabilidade de uma criança e/ou adolescentes, além da motivação que os leva a acolhê-los ser, muitas vezes, inadequada, uma vez que visam apenas satisfazer seus interesses pessoais.

Nesse ínterim, é evidente que deve haver uma mudança no modo como a adoção é encarada pelos adotantes, de forma que estes devem vê-la como uma forma de acolhimento da criança que já sofreu grandes rupturas em seus vínculos primários.

Márcia Frassão assim dispõe:

Frequentemente, pessoas que tiveram uma infância desestruturada, na qual houve perda de ligações afetivas, apresentam problemas no desenvolvimento da autoestima, o que pode afetar o seu relacionamento com o outro e com o mundo. A interrupção das relações em crianças pequenas, em alguns casos, acarretam atrasos no desenvolvimento e na habilidade de se comunicar. Já crianças maiores, muitas vezes, são consideradas com desvios comportamentais por se encontrarem fora do alcance da influência educacional.⁸³

Nesse viés, os futuros pais devem desprender-se da fantasia, inconsciente ou não, que permeia sobre a criança e/ou adolescente a ser adotado, e conscientizar-se acerca do triste histórico de rejeição já vivenciado pelos infantes, o qual muitas vezes acaba resultando na dificuldade de relacionamento.

Assim, os futuros pais devem ter paciência e propiciar um ambiente confiável e seguro para que a criança tenha condições favoráveis à reconstrução da sua autoestima que se encontra fragilizada. Esse acolhimento, somado à carinho e atenção, é fundamental para que a criança possa se reestruturar, reconstruir vínculos e reorganizar sua imagem.

Portanto, para que a adoção se concretize, é necessário que os pais renunciem a idealização em relação ao filho sonhado e o aceitem com suas singularidades para viverem a experiência da paternidade/maternidade de forma plena, afinal a adaptação da criança no seio familiar depende da acolhida que lhe é proporcionada.

Ademais, cabe destacar que essa conscientização dos futuros pais faz-se necessária para prevenir essa reiterada prática de devolução imotivada, de modo que deverá haver um trabalho conjunto entre a equipe interprofissional do Juízo e as famílias substitutas, a fim de conscientizá-las sobre a responsabilidade de se adotar uma criança.

A esse respeito, Weber sugere uma preparação adequada com o suporte dos Grupos de Apoio à Adoção, técnicos do judiciário, e de abrigos, buscando refletir sobre como os membros das famílias por adoção resolvem por si mesmos as questões de discriminação e preconceito, podendo prestar com isso o auxílio necessário para prevenir o problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”.⁸⁴

Para corroborar o assunto, dispõe Motta:

⁸³ FRASSÃO, op. cit., p. 59.

⁸⁴ WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Laços de ternura**: pesquisas e histórias de adoção. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

Enquanto grupos de apoio à adoção, técnicos do judiciário e abrigos não estabelecerem um diálogo efetivo e capaz de restituir à criança a possibilidade de viver em família; enquanto os pretendentes precisarem esperar anos a fio ainda que não desejem crianças recém-nascidas ou brancas; enquanto nos mantivermos preocupados em nos eximir de responsabilidades e atribuí-las a outros, as crianças continuarão abrigadas e os pretendentes continuarão sua espera sem filhos, o que abre caminhos para muitas iniciativas desastrosas, na maioria das vezes guiada pelo desespero.⁸⁵

Logo, se houvesse essa atuação conjunta entre os grupos de apoio e as famílias substitutas, somado ao comprometimento da sociedade e do Estado, voltadas à construção de uma nova cultura de adoção, não há que se olvidar que também seria uma boa medida de prevenção das devoluções imotivadas.

Evitar a devolução do adotando é dar eficácia ao artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, priorizando assim a proteção integral da criança e do adolescente, e consequentemente, o seu melhor interesse:

Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

A decisão pela adoção de uma criança é um processo complexo que exige inúmeras mudanças na identidade pessoal e nas relações do casal, de modo que se os futuros pais não estiverem dispostos a praticar tais mudanças e se esforçar para que o procedimento se concretize, as chances de aparecerem dificuldades de relacionamento entre estes e os adotandos são grandes, podendo por em risco o projeto da adoção e, consequentemente, causar graves danos aos infantes, que novamente verão seu direito à convivência familiar frustrado.

3.1.2 A expectativa da criança e/ou adolescente a ser adotado

⁸⁵ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Adoção pronta x adoção pelo cadastro**. In: Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite et al. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (Grandes Temas da Atualidade, v. 4), p. 250.

Assim como os futuros pais criam expectativas acerca do procedimento de adoção, a criança e/ou adolescente a ser adotado também. No entanto, pode-se restringir a expectativa por eles criadas basicamente à vontade de fazer parte novamente de uma família.

Conforme exposto no tópico anterior, as crianças e adolescentes institucionalizados apresentam um histórico de rejeição marcado por muito sofrimento, decorrente do rompimento do vínculo com sua família biológica.

Muitas vezes apresentam dificuldades de relacionamento, em virtude das experiências vividas nos abrigos, as quais afetam de certa maneira seu comportamento, de forma que é fundamental que os adotantes saibam lidar e entender que a criança e ou adolescente que passará a ser seu filho traz consigo uma experiência de vida.

Embora as instituições de acolhimento tentem se aproximar ao máximo da constituição familiar – justamente para tentar amenizar o doloroso passado gravado na alma de casa infante que ali se encontra – sabe-se as oportunidades para a criação de vínculos afetivos mais fortes costumam ser escassas. De modo geral, tal situação acaba agravando os sentimentos de rejeição e abandono já experimentados, prejudicando ainda mais o seu desenvolvimento e a descoberta da sua identidade.

Nesse ínterim, pode-se afirmar que o melhor presente para uma criança e/ou adolescente é uma família. Ora, é plausível acreditar que uma criança que já sofreu grandes rupturas em seus vínculos primários e, frequentemente, se sente perdida e desprotegida, vê na família um refúgio.

Embora no início possa ocorrer alguma resistência por parte do adotandos em estabelecer relação afetivas e de segurança no núcleo familiar, em virtude dos mais variados históricos de rejeição vivenciados, é evidente que a família representa um grande alicerce na vida dos infantes.

É no núcleo familiar que a criança vai aprender a conviver e interagir com as demais pessoas e é a família que educa e prepara os filhos para a vida. Os pais são os responsáveis pela solidificação do lar, de modo a permitir que os filhos cresçam em segurança, se desenvolvam de forma sadia, construam sua personalidade, compartilhem experiências e conquistas, de modo a torná-los aptos ao convívio social. Aliás, a família é a responsável por proporcionar amor, carinho, afeto, atenção a todos os seus membros, e devem proporcionar

tudo isso, principalmente, para essas crianças e adolescentes que há tanto tempo buscam um novo lar.

Ademais, é evidente que uma criança que já está há tanto tempo em abrigos e vê iniciado o procedimento de adoção, cria expectativas de que esta irá se concretizar, ainda mais quando já iniciado o período de convivência. Até porque geralmente o estágio de convivência é um período apenas burocrático, que antecede o deferimento da medida.

Muitas vezes a criança e/ou adolescente já criou vínculos com o futuros pais, já os chamam de “pai” ou “mãe”, e de uma hora pra outra, de forma imprudente e inescrupulosa, se veem novamente sendo devolvidos para as instituições de acolhimentos.

Não precisa de muito esforço para concluir que essa devolução é considerada uma “bomba” para a autoestima da criança, que muitas vezes passa a se culpar pela devolução, como se ela tivesse problemas que não a fizeram ser aceita no núcleo familiar.

Ora, uma criança, considerada um ser em peculiar desenvolvimento, que já apresenta um histórico de sofrimento e rejeição, se ver novamente devolvida para uma instituição de acolhimento, não há que se olvidar que a violência psicológica sofrida é exorbitante.

Arrisca-se a dizer, inclusive, que é melhor que ela nunca seja adotada, a ser adotada e devolvida, pelo menos a protege de mais uma frustração.

Assim, deve-se ressaltar mais uma vez, que a atitude dos adotantes em praticar este ato odioso de devolução imotivada não pode sair impune, devendo, sim, serem responsabilizados civilmente pelos danos causados à dignidade dos infantes e aos seus mais elementares direitos de personalidades, em atenção ao princípio da proteção integral a eles assegurado.

A proteção integral será aplicada sempre que os direitos da criança e do adolescente, reconhecido pelo Estatuto, forem ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão da família, da sociedade e do Estado, pois são eles sujeitos de direito, devendo ser resguardados seus direitos fundamentais

3.1.3 A obrigação de indenizar em razão dos danos causados e ato ilícito objetivo, consistente no abuso de direito

O artigo 187 do Código Civil conceitua o abuso de direito nos seguintes termos: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Consoante narrado no Capítulo 2, o que caracteriza o abuso de direito é o seu anormal exercício, assim entendido aquele ato que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito.

Dispõe Cavalieri:

O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal.⁸⁶

No mesmo sentido, Nelson Rosenvald:

Para além do tradicional ato ilícito subjetivo, o novo Código Civil desenvolve o ato ilícito objetivo, pautado pelo abuso do direito, como fonte de obrigações (art. 187 CC). Aqui não incide violação formal a uma norma, porém um desvio do agente às suas finalidades sociais (art. 5º da LICC), mediante a prática de uma conduta que ofenda os limites materiais impostos pelo ordenamento jurídico.⁸⁷

No caso em comento, a desistência da adoção durante o estágio de convivência não é uma ilegalidade, já que a lei não proíbe este comportamento, todavia a devolução imotivada causa graves danos às crianças e/ou adolescente, desviando-se da finalidade social a que se destina, de modo que essa conduta constitui ato ilícito e gera, consequentemente, o dever de indenizar.

Nesse sentido, esclarece Rodrigues:

[...] cada caso de devolução tem peculiaridades que tornam ímpar, e atinge a criança ou o adolescente de variadas maneiras. Esse processo de retorno da

⁸⁶ FILHO, op. cit., p. 203-204.

⁸⁷ ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.39.

criança ou do adolescente à instituição acolhedora será acompanhado pela equipe interprofissional, que avaliará as consequências que esse retorno ao abrigo causou no adotando, sendo possível que a atitude tomada pelos adotantes, embora sem infringir a lei, fuja da finalidade social a que se destina, caracterizando o abuso de direito, que é considerado ilícito pelo art. 187 do Código Civil, e que provavelmente resultará em danos morais para o adotante.⁸⁸

Logo, convém reforçar que o abuso de direito reside no fato de que uma vez iniciado o estágio de convivência, já se ascende aos infantes uma expectativa de que o ato de adoção será ultimado, e a sua posterior frustração, consistente na devolução imotivada, gera o direito de reparação pelo dano sofrido.

Além disso, o ato ilícito, que pode gerar reparação tanto de ordem moral como patrimonial, decorre do fato de que os adotantes buscam voluntariamente o processo de adoção do infante e expressam sua vontade em adotá-lo, ao passo que quando obtém a “guarda” da criança, decidem devolvê-la de forma imotivada e imprudente, situação que rompe de forma brusca o vínculo familiar, implicando no abandono dos adotandos, em total afronta ao princípio da proteção integral estampado na Constituição Federal.

Ora, é evidente que cada caso de devolução apresenta particularidades, mas o que se discute na presente obra, são as devoluções imotivadas, onde os pais simplesmente não possuem mais interesse na adoção. Além disso, não se discute a legitimidade de acionar o Poder Judiciário para exercer a pretensão de se inscrever no procedimento de adoção, no entanto os futuros pais devem encarar com mais seriedade esse processo, devendo ter consciência e atitudes de verdadeiros pais, que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de que seja construído e fortalecido o vínculo filial.

Além disso, pode-se dizer que a conduta da devolução extrapola os limites estabelecidos pela boa fé objetiva, a qual consiste no “padrão de conduta necessária à convivência social para que se possa acreditar, ter fé e confiança na conduta de outrem.”⁸⁹

Assim, pode-se dizer que considera-se violado o princípio da boa fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis.

⁸⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

⁸⁹ FILHO, op. cit., p. 214.

Tal situação é exatamente o que se vislumbra na prática, pois conforme já narrado nos tópicos anteriores, o estágio de convivência, embora seja anterior à sentença, proporciona aos adotandos um sentimento de confiança de que a adoção se concretizará, já que este só aconteceu por vontade dos adotantes. Assim, é crível que os futuros pais têm frente ao infante um dever de lealdade, ao passo que a desistência da medida acaba violando a confiança anteriormente transmitida.

É o que dispõe Martins Costa:

[...]é possível que os adotantes, quando decidem por interromper o processo de adoção durante o estágio de convivência, acabam por violar as legítimas e justificáveis expectativas criadas na criança ou adolescente, excedendo os limites impostos pelo princípio da boa fé, causando-lhe danos morais e abalos psicológicos, pelos quais deverá responder civilmente, vez que praticou ato ilícito, na modalidade de abuso de direito.⁹⁰

Gonçalves ainda acrescenta que em relação ao abuso de direito, este “ocorre quando o agente, mesmo atuando dentro dos limites legais, deixa de considerar a finalidade social de seu direito e acaba extrapolando seus limites ao exercê-lo, gerando prejuízos a outrem.”⁹¹

No mesmo sentido:

Sua concepção está baseada na ideia de que o exercício dos direitos, além dos limites expressos na própria lei, deve estar condicionado a um paradigma de lealdade, de correção, à utilidade social, aprovada pelo senso comum. Estes limites – além dos quais o titular sai da esfera da legalidade para o campo do abuso – são dados por um elemento axiológico, que espelha valores sociais, hoje em grande parte constitucionalizados.⁹²

Aliás, não é demais mencionar, que “[...] o abuso de direito afeta ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, devido ao tratamento que é destinado ao infante ou adolescente, como se fosse um “produto viciado” ou um objeto.”⁹³

Logo, a legislação deve ser usada em prol do melhor interessa da criança, visando garantir seus direitos atribuídos constitucionalmente, pois, conforme já mencionado, após a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, estes são vistos como sujeitos de direitos e devem tê-los respeitados.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 506.

⁹² CAPERNA, Heloísa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03.

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 363.

A garantia dos direitos fundamentais e a proteção integral infanto-juvenil impõe considerar sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, recebendo atenção prioritária. O princípio do melhor interesse possui sentido amplo tanto nas questões familiares quanto nas políticas públicas, devendo as decisões serem orientadas para efetivar e preservar o que melhor atende ao desenvolvimento sadio da pessoa em formação, sob todos os aspectos.⁹⁴

Portanto, é justamente pela condição peculiar de desenvolvimento em que a criança e adolescente se encontram, que não se pode permitir que os adotantes utilizem dessa fase processual da adoção, qual seja, o estágio de convivência, para novamente expô-los ao abandono, devendo sim, repará-los civilmente pelos danos causados.

De fato, a indenização por danos morais não resolverá todos os problemas psicológicos que a criança ou o adolescente desenvolveram em razão da circunstância a que foi submetida, no entanto ela servirá para custear o tratamento especializado necessário para que estes superem, ou ao menos amenizem, os abalos morais e materiais eventualmente sofridos.

Ademais, a possibilidade de reparação civil servirá para desestimular esse tipo de conduta, ao passo que aquelas pessoas que pretendem adotar pensarão melhor a respeito do assunto e se realmente estão aptos para enfrentar todos os obstáculos e peculiaridades que esse processo impõe, diminuindo consideravelmente a chance de desistência durante o período de convivência.

3.2 VISÃO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO TEMA.

A possibilidade de responsabilização civil dos adotantes resultante da devolução imotivada vem ganhando espaço, ao passo que muitos dos Tribunais do país já reconhecem a obrigação de reparação em face dos prejuízos causados à criança e/ou adolescente.

No entanto, ainda há muita divergência acerca do tema na jurisprudência, uma vez que alguns Tribunais ainda possuem o entendimento que a desistência da adoção durante o estágio de convivência não configura ato ilícito, ante a ausência de vedação legal para tanto.

De início, passa-se à análise da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 2014.014000-8, de Araranguá (Terceira Câmara de Direito Civil, Relator Desembargador Saul Steil, j. 16.02.2014).

⁹⁴ CARVALHO, op. cit., p. 08.

No caso em apreço, houve a adoção de 3 (três) irmãos, sendo que adotantes não conseguiram se adaptar a um deles, qual seja, uma adolescente de 14 anos. Houve a desistência da adoção em relação a esta durante o estágio de convivência, e a adolescente retornou à Casa Lar.

O Ministério Público interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida em primeiro grau, que nos autos da ação indenizatória indeferiu o pedido de antecipação de tutela para condenar os agravados ao pagamento de alimentos ressarcitórios em favor da adolescente, em decorrência da desistência da medida.

O representante do Ministério Público argumentou, em síntese, que os agravados devolveram a adolescente à instituição de acolhimento sem qualquer justificativa plausível, e que o pedido de alimentos ressarcitório justifica-se em razão do sofrimento da menina pelo abandono, já que ocorreram mudanças na sua rotina, bem como na sua própria identidade com a mudança de seu nome. Alegou, ainda, que os agravados deveriam contribuir também para o tratamento psicológico especializado e pugnou pela fixação liminar de alimentos equivalente a 10% dos rendimentos líquidos de ambos os réus, com desconto em folha de pagamento.

Durante o trâmite do processo principal, foi constatado, através de estudo social, que os agravados não conseguiram suportar as dificuldades enfrentadas durante o estágio de convivência, especialmente no que tange à adolescente de 14 anos, que apresentava comportamento de desobediência e rebeldia, culpando-a pela não adaptação com a família substituta.

A respeito do comportamento da adolescente, o qual foi considerado pelos agravados como causa para a devolução, dispôs o Desembargador Relator:

Veja-se, que o abandono das crianças por seus genitores, o encaminhamento à Casa Lar, e posteriormente o encaminhamento à família substituta com novas regras, e alteração de seus nomes, são suficientes para causar rebeldia, desobediência e transtorno a uma menina que está em fase de adolescência. **Tais fatos, exigia dos agravados maior cautela na aproximação dos irmãos, e ao manifestarem interesse em adota-los justamente para não causar um novo trauma em caso de não adaptação, o que não ocorreu.**

A conduta da adolescente não difere dos demais adolescentes, em especial daqueles que foram abandonados por seus genitores. Toda família passa por um estágio de dificuldade na criação de seus filhos, em especial quando estes estão em fase de adolescência, momento em que estão desenvolvendo a sua personalidade, e nem por isso resolvem abandoná-los.

Filhos não são mercadoria, sejam eles biológicos ou não, cabendo a seus guardiões o dever de assistir, criar e educar, proporcionando-lhes conforto material e moral, além de zelar pela sua segurança, dentre outras obrigações. (grifou-se)

Nesse viés, o Relator entendeu que referidos fatos poderão causar diversos transtornos psíquicos e morais à adolescente, de modo que deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público para condenar os agravados ao pagamento, provisoriamente, de alimentos ressarcitórios em favor da adolescente, correspondente a 10% dos rendimentos líquidos de cada um deles.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, tem-se a decisão mais recente proferida também pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos autos do Agravo de Instrumento n. 0009542-43.2016.8.24.0000, de Joinville (Segunda Câmara de Direito Civil, Relator Desembargador Sebastião César Evangelista, j. 15.09.2016).

Nessa demanda, a desistência da adoção ocorreu durante o período de convivência, e foi fixada pensão mensal no equivalente a 15% dos rendimentos líquidos dos réus em favor da criança devolvida., uma vez que considerou-se que os adotantes interromperam injustificadamente o estágio de convivência, tratando com frieza as crianças em processo de adoção.

Diante da decisão proferida, os réus pugnaram pela reforma da decisão, argumentando que esforçaram-se para fazer dar certo um projeto complexo, consistente na adoção de 6 (seis) crianças e realizaram diversas mudanças em suas rotinas para que um deles pudesse permanecer em casa com os infantes. Alegaram que o processo de estágio de convivência foi apressado pela instituição, que os infantes estavam insatisfeitos com a adoção e muitas vezes apresentavam comportamento violento. Questionaram também o trabalho dos profissionais que acompanharam o processo e que todo o amparo que receberam consistiu em apenas duas visitas da psicóloga, bem como somente após o casal desistir da adoção que a equipe sugeriu o acompanhamento terapêutico.

Nesse viés, o Relator entendeu que a adoção de seis crianças é absolutamente atípica e exige uma análise mais complexa. O julgador não afastou a responsabilidade dos pais pela desistência da medida, uma vez que reconheceu que a devolução causou sim abalos psíquicos à personalidade das crianças, de modo que estas precisarão de apoio psicológico para poder se preparar para as demandas que enfrentarão em suas vidas. Entretanto, entendeu que restou

comprovado que os adotantes realmente se esforçaram e realizaram mudanças em suas rotinas para acolher as crianças e que a oferta de auxílio da equipe de apoio veio tardiamente.

Pelos fundamentos acima expostos, o Relator decidiu dar parcial provimento ao recurso interposto pelos agravantes, a fim de diminuir o pensionamento mensal ao desconto de 10% sobre os rendimentos líquidos destes, ao longo do período de 12 meses. Ainda, em razão dos indícios de que o Estado, por meio de seus agentes, também se mostrou negligente, entendeu que este deveria assumir parcela sobre os danos ocasionados aos infantes colocados em família substituta.

Da análise dos julgados do Tribunal de Justiça catarinense, observa-se que a possibilidade de reparação civil pelos danos ocasionados aos infantes em razão da devolução imotivada está sendo reconhecida, no entanto sob a forma de pagamento de alimentos ressarcitórios.

A questão do pagamento de indenização pelos danos morais ainda está atrelada aos casos em que a adoção já foi concretizada, em que os filhos adotivos são equiparados aos filhos biológicos, e, embora a adoção seja irrevogável, a lei também equipara os pais adotivos aos biológicos e a ambos cabe a renúncia do poder familiar. Dessa forma, a condenação em danos morais é atribuída aos pais adotivos que devolveram a criança para a instituição de acolhimento, provocando sérios danos psíquicos e abalos emocionais a esta. A exemplo, pode-se citar o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n. 2011.020805-7, de Gaspar (Primeira Câmara de Direito Civil, Relator Desembargador Joel Figueira Junior, j. 21.06.2011).

De todo modo, há de se observar que a responsabilização civil dos adotantes resultante da desistência da adoção vem ganhando espaço e atingindo casos em que a adoção ainda não foi efetivada. O pagamento de alimentos ressarcitórios já é uma boa “punição” para aqueles que praticam este ato odioso de devolução e, com certeza, já fazem os futuros pais analisarem com mais seriedade o procedimento de adoção.

Não há que se olvidar que ao longo dos anos e com a quantidade de casos dessa natureza que vêm ocorrendo, que a possibilidade de pagamento de indenização por danos morais ainda vai ser reconhecida pelo Tribunal de Justiça catarinense, ainda mais quando não há dúvidas que a devolução imotivada causa graves abalos emocionais e ofende à dignidade dos infantes.

Há de se considerar que a posição adotada por este Tribunal já pode servir de orgulho, uma vez que mostra que a legislação vem sendo usada em prol do melhor interesse da criança, visando garantir seus direitos atribuídos constitucionalmente.

Todavia, Tribunais de outros Estados já reconhecem a possibilidade de pagamento de indenização por danos morais, podendo-se citar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível n. 10702095678497002 (1ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 15.04.2014).

Trata-se de recurso de apelação interposto pelos adotantes nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público de Minas Gerais em desfavor deste, demonstrando inconformismo com a sentença que condenou os demandados a reparar os danos morais causados à criança, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em face da desistência da adoção durante o estágio de convivência.

Os recorrentes argumentaram, em síntese, que não agiram com má fé e irresponsabilidade, que durante o estágio de convivência não houve apatia e afinidade entre eles e a criança, principalmente no que tange à raça, visto que a criança é branca e os apelantes são negros. Afirmam que não conseguiram se afeiçoar à criança, que sentiam dó dela, mas não amor. Desse modo, requereram que a condenação por danos morais fosse extirpada e, sucessivamente, pleitearam a minoração do quantum indenizatório, em virtude de não possuírem condições para arcar com o valor da indenização.

Na sequência, o membro do Ministério Público apresentou contrarrazões, asseverando o tratamento desumano despendido pelos agravantes em desfavor da criança e a notoriedade dos danos causados. Aduziu que o caso tratado é pioneiro na justiça brasileira e causou grande impacto na imprensa e meio jurídico, de modo que a manutenção da decisão guerreada servirá de paradigma para que outras ações sejam ajuizadas.

No julgamento do mérito, não prosperou os argumentos suscitados pelos agravantes. Veja-se trechos extraídos do voto da Relatora:

Nesta seara, cabe destacar que comumente essas crianças que vão para os abrigos esperando uma adoção já sofreram muito para tão tenra idade, muitas foram abandonadas por sua família de origem, ou até mesmo não sabem sequer de onde vem. No caso dos autos a criança N. já foi para o abrigo em decorrência do abandono de seus pais biológicos, houve a Destituição do Poder Familiar destes. Assim, a desistência dos pretensos pais adotivos, ora requeridos, revitimizou uma criança que já tinha a estrutura familiar abalada, fazendo com que ela passasse por novo processo de

rejeição.

De fato, não há a vedação legal para que os pretensos pais adotivos desistam da adoção quando estiverem apenas com a guarda da criança. No entanto, cada caso deverá ser analisado com suas particularidades e após detida análise de todas as provas presentes nesse farto acervo, a conclusão inarredável a que se chega é a de que os ora requeridos foram irresponsáveis e acarretaram sérios prejuízos à menor. Ora, o Estatuto da Criança e do Adolescente não iria prever a revogação da guarda se não fosse para beneficiar a criança, não merece guarida a colocação dos apelantes de que a previsão da revogação é feita para beneficiar os pais que desistem de adotar. Se assim fosse, o ECA estaria justamente deixando de cumprir seu fim de proteção para ter o objetivo de revitimizar as crianças, o que, definitivamente, não podemos concluir.

[...]

Outro ponto a ser sopesado é o de que os apelantes iludiram a menor, inseriram ela em seu meio religioso e familiar e depois privaram-na de tudo isso, por decisão unilateral. Os apelantes inclusive alteraram o prenome da menor, sem que houvesse qualquer autorização legal para tanto. A conduta de alterar o prenome da menor enquanto estavam com guarda desta, que foi por cerca de 8 (oito) meses, intensificou o sofrimento da menor quando houve a desistência da devolução, culminando em verdadeira crise de identidade desta.

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil.

Assim, a Relatora deu provimento parcial ao recurso apenas para minorar o valor do quantum indenizatório para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a fim de que não se tornasse inexequível para os agravantes.

Seguindo essa linha de pensamento, pode-se citar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível n. 0001435-17.2013.8.19.0023 (Décima Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Cláudio de Mello Tavares, j. 30.03.2016).

Trata-se de apelação cível interposta por um casal de pais adotivos contra decisão de primeiro grau, que condenou os recorrentes ao pagamento de um salário mínimo, na proporção de 1/3 (um terço) para cada criança, até a efetiva adoção destas, além de indenização por dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada menina, em razão da devolução das mesmas durante o período de convivência.

No caso em comento, o casal decidiu devolver três meninas à instituição de acolhimento, alegando basicamente que não se adaptaram às crianças.

Colhe-se trecho do voto do Des. Relator:

Desta forma, não se vislumbra cabível o acolhimento da presente insurgência recursal, haja vista que restou evidente que a devolução das crianças se deu de forma imotivada, pelo total despreparo dos adotantes, e que esta acarretou mais um abalo para as crianças, que novamente viram frustrado o sonho de ter um lar.

Assim, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a condenação de primeiro grau e negou, por unanimidade, o recurso interposto pelos recorrentes.

Dispensa-se maiores discussões acerca dos julgados acima transcritos, uma vez que o entendimento dos operadores do direito está em consonância com os argumentos expostos no presente trabalho. Os danos morais decorrentes da devolução imotivada estão sendo reconhecidos pelos Tribunais pátrios e as crianças e adolescentes estão tendo seus direitos reconhecidos e protegidos, situação que denota que a doutrina da proteção integral estampada no Estatuto da Criança e Adolescente está sendo aplicada.

Da análise dos julgados, observa-se que as justificativas dos adotantes para a devolução se repetem, restringindo-se basicamente a meras alegações de falta de adaptação e empatia. Tal situação denota completo despreparo dos pretendentes à adoção, os quais acreditam que a adoção visa atender seus interesses pessoais.

Fato é que a conduta da desistência da adoção não pode sair impune, os futuros pais devem se conscientizar que adotar é uma atitude séria e envolve diversos obstáculos. O real objetivo do instituto da adoção, consoante reiterado diversas vezes na presente obra, é encontrar uma nova família para os infantes, livrando-os da situação de abandono. A adoção não serve para atender os anseios pessoais dos futuros pais, que ante a ocorrência de qualquer dificuldade, simplesmente devolvem a criança aos abrigos, como se fossem “mercadorias”, culpando-a pelo fracasso da medida.

Em contrapartida, ainda há decisões que não reconhecem os abalos psíquicos sofridos pelos infantes em razão da devolução imotivada. A exemplo, pode-se citar a decisão recente proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da Apelação

Cível n. 70070484878 (Sétima Câmara Cível, Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 31.08.2016).

Trata-se de recurso de apelação interposto pelos adotantes, irresignados contra a sentença proferida nos autos da ação declaratória de paternidade e maternidade socioafetiva em favor da criança Jospe W. S. P., que julgou procedente o pedido, reconhecendo a maternidade/paternidade socioafetiva, alterando o nome do infante, condenando os demandados ao pagamento de alimentos ao autor, fixados em R\$ 315,00, bem como ao adimplemento de indenização pelos danos morais sofridos no valor de R\$ 7.880,00.

Os recorrentes argumentam, em síntese, que adoção não foi concluída em razão de condutas do menino e falta de entrosamento entre eles, que a criança nunca se desvinculou da sua família biológica e que o prazo de dois anos de convivência não se presta para estabelecer ou concretizar vínculo efetivo capaz de imputar o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

A Relatora reconheceu os argumentos apresentados pelos recorrentes e assim entendeu:

Portanto, ainda que tenha havido a convivência, e que tenham tentado o casal e o menor a adaptação, não houve forte vinculação a ponto de não questionar a vontade de adotar. Pelo contrário, diante dos conflitos existentes, tanto que foi necessário desde o início a intermediação da psicóloga, o casal resolveu desistir da adoção.

Aliás, como bem registrado pela psicóloga, **o casal se equivocou na adoção, principalmente por se tratar de uma adoção tardia. Pretendiam ter um “filho ideal”, educado, cumpridor de regras. Pretendiam um protótipo, que não era José, uma pré-adolescente, com uma vivência de abandono, que não aceitava piamente as regras impostas.**

Ora, convenhamos, não é crível que se desista de um filho diante dos conflitos da adolescência quando realmente se tem amor.

Evidente, portanto, que a desistência aconteceu porque não havia consolidação do vínculo afetivo, ou, não era forte o suficiente para continuarem persistindo na adoção. E, após o nascimento do filho biológico, o casal deixou de investir na relação adotiva. Não há sentimentos de empatia.

Ademais, inexistente vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança, pois o ato de adoção somente se realiza e produz efeitos a partir da sentença judicial, conforme previsão dos arts. 47 e 199-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[...]

Outrossim, por mais triste e complexo que seja a situação, inexistindo efetivo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. (grifou-se)

Assim, a julgadora, em atenção aos fundamentos acima expostos, julgou procedente o recurso dos recorrentes e reconheceu a impossibilidade de indenização por danos morais no caso em tela.

Em que pese os argumentos suscitados pela Relatora, crível tecer algumas considerações. Ora, da leitura dos trechos do voto acima transcritos, mostra-se evidente que os pais idealizaram o infante a ser adotado e buscavam um “protótipo”, cumpridor de regras, como a própria julgadora salientou e, mesmo assim, não reconheceu a existência de danos morais.

Mais uma vez, deve-se ressaltar que a adoção foi estipulada em prol das crianças e adolescentes, para que estes possam ter o seu direito à convivência familiar assegurados, e não para atender as expectativas dos futuros pais, que muitas vezes idealizam a família adotiva.

Apesar das peculiaridades que o caso apresenta, denota-se que a adoção não se concretizou pela falta de preparo dos adotantes, que ante aos primeiros sinais de conduta inadequada do infante simplesmente desistiram da adoção. Nota-se ainda que a situação pode ter sido motivada pelo nascimento do filho biológico, que fez com que o casal perdesse o interesse pelo filho adotivo.

Embora os recorrentes aleguem falta de empatia e que o período de 2 anos de convivência não é suficiente para a formação do vínculo afetivo, não é o que se opera na prática. Mesmo que tenha ocorrido falta de empatia no caso em tela, é plausível acreditar que ocorreu sim danos morais ao adolescente, que novamente se viu diante de uma situação de abandono e rejeição, situação que, sem dúvidas, causa problemas de autoestima e gera ofensa a sua dignidade, com o consequente dever de indenizar.

Conquanto a questão não tenha entendimento pacífico e não haja vedação legal que impeça a desistência da adoção durante o estágio de convivência, o Estatuto da Criança e do Adolescente cuida-se de Lei que busca a proteção integral da criança e do adolescente, de modo que a previsão de revogação da guarda provisória a qualquer tempo é medida que visa proteger e resguardar os interesses da criança, com a finalidade de livrá-la de eventuais maus

tratos ou falta de adaptação com a família. Logo, tal dispositivo não se presta à proteção de pessoas, maiores e capazes, que se propuseram à guarda, por livre e espontânea vontade, e depois, simplesmente, se arrependem e resolvem devolver à criança.

CONCLUSÃO

A concepção de família sofreu grande reformulação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual passou a considerar a afetividade como o elemento basilar para a identificação da família brasileira contemporânea, rompendo-se a premissa de que o núcleo familiar está adstrito ao matrimônio.

Nesse contexto, a adoção surge como forma de assegurar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, sendo este um direito fundamental alicerçado na dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado, além da sociedade e principalmente da própria família, fazer com que tal direito seja plenamente efetivado, pois indispensável à formação das pessoas em desenvolvimento, vez que a negativa da convivência acarretará em danos a sua personalidade.

Sob essa ótica, é crível que a desistência do procedimento de adoção e a consequente devolução das crianças e adolescentes às instituições de acolhimento, ofende diretamente o direito à convivência familiar assegurado constitucionalmente. Embora não haja vedação legal que impeça a desistência da medida durante o estágio de convivência, vez que a adoção só é irrevogável após o trânsito em julgado da sentença, tal situação não pode servir de justificativa apta a causar prejuízos emocionais aos infantes.

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos e por se encontrarem em peculiar condição de desenvolvimento, necessitam de proteção integral e diferenciada, de modo que a legislação deve ser interpretada a seu favor, para proteger os direitos assegurados pela Constituição, quanto pelas normas infraconstitucionais. Nesse contexto, o estágio de convivência foi inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente em prol dos infantes, com a principal função de avaliar a adaptação da criança e/ou adolescente ao ambiente familiar dos adotantes, ao passo que não pode servir como um período experimental para os pais adotivos, que ante a ocorrência das primeiras dificuldades simplesmente devolvem o à criança ou adolescente, como se uma “mercadoria” fosse.

As devoluções das crianças e adolescentes às instituições de acolhimento, independente se ocorre antes ou depois do deferimento da adoção, causa grandes abalos psíquicos e emocionais a estes, reeditando a sensação de rejeição e abandono vivenciados anteriormente, prejudicando o seu desenvolvimento e a descoberta da sua identidade, situação que extrapola o mero dissabor, caracterizando, o famigerado dano moral. O período de

convivência, mesmo que anterior à sentença, ascende à criança e/ou adolescente a expectativa de que a adoção irá se concretizar, já que muitas vezes não passa de um procedimento burocrático, onde os futuros pais transmitem a ideia de que estão apenas aguardando o deferimento da medida. A desistência de forma imprudente e imotivada, rompe de forma brusca o vínculo familiar e acarreta numa quebra de confiança, fazendo com que o infante tenha que enfrentar pela segunda (ou terceira, quarta) vez a situação de abandono e rejeição.

Diante desse quadro, a atitude dos adotantes extrapola os limites estabelecidos pela boa fé objetiva e se desvia da finalidade social da lei, resultando na prática de ato ilícito, na modalidade de abuso de direito, com o consequente dever de reparação nos termos do artigo 187 do Código Civil. O objetivo desta responsabilização civil não é proibir que futuros pais desistam da adoção, pois esse impedimento vai contra ao melhor interesse da criança que não pode permanecer em uma família que não lhe fornece um ambiente saudável para o seu desenvolvimento e a rejeita. O que se busca é uma forma de desencorajar esse tipo de conduta, para que aquelas pessoas que pretendem adotar pensem melhor a respeito do assunto e encarem o procedimento de adoção com mais seriedade, de modo que o pagamento de uma indenização por danos morais mostra-se um bom caminho para tanto. Além disso, não se pode permitir que as crianças e adolescentes fiquem à mercê das escolhas irresponsáveis daqueles que pretendem adotar.

É evidente que a indenização por danos morais não resolverá todos os problemas psicológicos que a criança ou o adolescente desenvolveram em razão da circunstância a que foram submetidos, no entanto ela servirá para custear o tratamento especializado necessário para que estes superem, ou ao menos amenizem, os abalos morais e materiais eventualmente sofridos.

A conscientização dos futuros pais acerca da seriedade do processo de adoção faz-se necessária para prevenir essa reiterada prática de devolução imotivada, de modo que deverá haver um trabalho conjunto entre a equipe interprofissional do Juízo e as famílias substitutas, a fim de orientá-las sobre a responsabilidade de se adotar uma criança. Deve haver uma mudança no modo como a adoção é encarada pelos adotantes, ao passo que estes devem vê-la como uma forma de acolhimento da criança que já sofreu grandes rupturas em seus vínculos primários e não como um meio para atender as suas expectativas. Os pais devem estar cientes que adotar não é tarefa fácil e exige muita paciência e tolerância para entender que cada criança e/ou adolescente entregues para fins de adoção, apresenta histórias de vidas das mais

variadas, muitas vezes marcada por muita tristeza, o que pode resultar na dificuldade de relacionamento.

Os futuros pais não devem encarar a adoção como uma aventura, devendo desprender-se da fantasia que permeia sobre o infante a ser adotado e propiciar um ambiente familiar seguro para que a criança tenha condições favoráveis para reconstruir sua autoestima, a qual já se encontra fragilizada. Esse acolhimento, somado à carinho e atenção, é fundamental para que a criança possa se reestruturar, reconstruir vínculos e reorganizar sua imagem.

Conclui-se, então, que a responsabilização civil dos adotantes na hipótese apresentada nesse trabalho atende ao princípio da proteção integral em todos os seus aspectos, vez que apresenta um caráter punitivo em relação aos adultos, por servir de reprimenda àquele que praticou o odioso ato de devolução, bem como pedagógico, por servir de conscientização não só para o autor do dano, mas para as demais pessoas, de modo a desencorajar esta reiterada prática que viola de forma brusca os direitos mais elementares das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil no direito de família**. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). **Dano Moral e sua quantificação**. 4. ed. rev. e amp. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2007.
- AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Manual de Direito das Famílias**. Curitiba: Juruá, 2016.
- BANDEIRA, Marcos. **Adoção na prática forense**. 1. ed. Ilhéus: Editus, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: **Vade Mecum acadêmico de direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: **Vade Mecum acadêmico de direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil Brasileiro**. In: **Vade Mecum acadêmico de direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. In: **Vade Mecum acadêmico de direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CAPERNA, Heloísa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 5.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, 11. ed. Bahia: Juspodvm, vol. 1, 2013.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FRASSÃO, Marcia Cristina G. O. Frassão. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas: Uma compreensão dos aspectos psicológicos, através dos procedimentos legais**. Florianópolis, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2010.

_____. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

_____. **Responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2012.

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Adoção pronta x adoção pelo cadastro**. In: *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite et al. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (Grandes Temas da Atualidade, v. 4).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RIEDE, Jane Elisabete. e SARTORI, Giana Lisa Zanardo Sartori. **Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes**. *Perspectiva*, Erechim. v. 37, n. 138. Disponível em: < http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_354.pdf >. Acesso em 17/11/2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. **Crianças “desenvolvidas”**: os “filhos de fato” também têm direito? (Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito mal sucedidas). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5541&revista_caderno=12>. Acesso em: nov. 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SCHETTINI, Luiz Filho. **Compreendendo o filho adotivo**. 2. ed. Recife: Edições Bagaço, 1995.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é adoção**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 6.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 4.

VERONESE, Josiane Rose Petry e PETRY, João Felipe Correa. **Adoção internacional e Mercosul: aspectos jurídicos e sociais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry e SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

WEBER, Lidia Dobrianskyj. **Famílias por adoção: muito além do estereótipo**. Brasília, 25.05.2012. Disponível em: <http://www.unb.br/noticias/unbagencia/artigo.php?id=536#>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ANEXOS

1. Jurisprudências

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO LIMINAR DE ALIMENTOS RESSARCITÓRIO INDEFERIDO. ADOÇÃO DE 03 IRMÃOS. AGRAVADOS QUE DURANTE ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NÃO CONSEGUIRAM SE ADAPTAR A ADOLESCENTE DE 14 ANOS. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO E DEVOLUÇÃO DA MENINA À CASA LAR. SEPARAÇÃO DOS IRMÃOS. LAUDO PSICOLÓGICO CONSTATANDO O ABALO MORAL CAUSADO À ADOLESCENTE DIANTE DO NOVO ABANDONO. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS RESSARCITÓRIO PARA TRATAMENTO PSICOLÓGICO DA MENINA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A intenção de adoção exige cautela na aproximação das partes, e durante o estágio de convivência que precede a adoção para adaptação da criança/adolescente à família substituta, uma vez que filhos não são mercadoria, sejam eles biológicos ou não, cabendo aos seus guardiões o dever de assistir, criar e educar, proporcionando-lhes conforto material e moral, além de zelar pela sua segurança, dentre outras obrigações. A devolução injustificada do menor/adolescente durante o estágio de convivência acarreta danos psíquicos que devem ser reparados. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.014000-8, de Araranguá, rel. Des. Saul Steil, j. 16-12-2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CONDENATÓRIA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NO INTERESSE DE INCAPAZES. CRIANÇAS E ADOLESCENTES. PROCESSO DE ADOÇÃO INTERROMPIDO, COM DEVOLUÇÃO INJUSTIFICADA DAS CRIANÇAS. ABALO MORAL E DIREITO A ALIMENTOS RESSARCITÓRIOS PARA CUSTEAR TRATAMENTO PSICOLÓGICO. LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. READEQUAÇÃO DO MONTANTE QUANDO DA ANÁLISE DO EFEITO RECURSAL ATIVO. FIXAÇÃO EM 10% SOBRE OS RENDIMENTOS DOS AGRAVANTES. ADEQUAÇÃO EM RELAÇÃO AO PEDIDO TRAZIDO NA INICIAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL. RAZOABILIDADE DA MEDIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Como regra, a responsabilidade civil, no direito brasileiro, é subjetiva, caracterizando-se mediante a presença de ilícito, dano, nexos causal e culpa. As hipóteses de responsabilização objetiva são casos especiais, relacionados em normas constitucionais e legais, a exemplo da responsabilidade do Estado (CF, art. 37, § 6º) e da responsabilidade do fornecedor por dano ao consumidor (Lei n. 8.078/90, artigos 12 e 14). Nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Estágio de convivência "é o período no qual o adotante e o adotando convivem como se família fossem, sob o mesmo teto, em intimidade de pais e filhos, já devendo o adotante sustentar, zelar, proteger e educar o adotando. É um período de teste para se aquilatar o grau de afinidade entre ambos os lados e se, realmente, fortalecem-se os laços de afetividade, que são fundamentais para a família" (NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. O resultado esperado, desejado, para o processo de

estágio de convivência, disciplinado no art. 46 da Lei n. 8.069/90, é o que culmine na concretização da adoção, com a criação de uma nova unidade familiar, fraterna e amorosa. As relações humanas, entretanto, são complexas e delicadas, especialmente no seio familiar, em que é intenso o convívio. A frustração das expectativas inicialmente criadas não são necessariamente resultado apenas da negligência dos pretendentes a pais adotivos ou dos profissionais que buscaram auxiliar o processo, havendo uma série de fatores a determinar o sucesso ou o insucesso da medida. Sendo possível verificar a caracterização do dever de responsabilização dos pretendentes à adoção por danos experimentados pelos menores após frustrado o período de convivência e mediante sua devolução às instituições acolhedoras estatais, o pensionamento mensal com vistas ao tratamento psicoterápico deve ser estabelecido de maneira razoável, respeitando o pedido trazido na inicial e impondo-se limitação temporal por período capaz de proporcionar tratamento adequado em relação à extensão do abalo psicológico. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0009542-43.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 15-09-2016).

APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS. IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. EXEGESE DO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 1.626, 1.634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DA ADOÇÃO. AVERBAÇÃO DO JULGADO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DOS MENORES. PROIBIÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE OBSERVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 163, § ÚNICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES. APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. MARCO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ART. 407 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PERTINÊNCIA ENTRE O PEDIDO E O PRONUNCIADO. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS CLÁSSICAS EM SEDE DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECER RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO SECUNDÁRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

APLICAÇÃO DO ART. 466 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I - A adoção é medida irrevogável e irrenunciável, assim como o é a filiação biológica, sendo impossível juridicamente a prática de qualquer ato dos pais buscando atingir tal desiderato. Por outro lado, por aplicação analógica do art. 166 do ECA, os pais podem renunciar ao poder familiar, sem prejuízo da possibilidade de decretação pelo Estado-juiz da sua suspensão ou extinção pelos motivos elencados nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638, todos do Código Civil, combinados com os dispositivos do Estatuto específico que dispõe também sobre a matéria. Assim, considera-se inexistente o "termo de declaração de renúncia ao poder familiar" firmado pela genitora dos menores, notadamente no que concerne a prática do malsinado ato, por instrumento de mandato, na qualidade de procuradora representante de seu marido, cidadão estrangeiro que se encontrava no exterior para a realização de curso de pós-graduação. Destarte, se a lei veda a adoção por procuração (ECA, art. 39, 2º), *mutatis mutandis*, estaria igualmente proibida a sua desconstituição ou poder familiar por instrumento de mandato. Assinala-se, por oportuno, a tomada de vulto em todo o território nacional da infeliz prática de situações idênticas ou semelhantes a que se examina neste processo, atos irresponsáveis e de puro desamor de pais adotivos que comparecem aos fóruns ou gabinetes de Promotores de Justiça para, com frieza e desumanidade, "devolver" ao Poder Público seus filhos, conferindo-lhes a vil desqualificação de seres humanos para equipará-los a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou simples rejeição por arrependimento. E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da "devolução" de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes. O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e bani-las do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das lei civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes. Frisa-se, ainda, que a inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutivas objetiva atender primordialmente os interesses dos menores (art. 1.625, CC) e não as pretensões dos pais, mesmo que altruísticas, em que pese não raramente egoísticas. II - Castigar imoderadamente os filhos, humilhá-los e desqualificá-los no seio familiar e publicamente, ameaçá-los com castigos e malefícios diversos, inclusive a "desconstituição" da adoção, o abuso de autoridade, violência psicológica, desamparo emocional e a conferição de tratamento desigual entre os irmãos adotados, e, entre estes e o filho biológico do casal adotante, entre outras práticas vis, são suficientes para ensejar a destituição do poder familiar com fulcro no art. 1.637 c/c art. 1.638, incisos I, II e IV do Código Civil, e art. 18 c/c art. 24 do ECA, na exata medida em que o instituto jurídico da adoção confere aos adotados idêntica condição de filho, com os mesmos direitos e qualificações, segundo regra insculpida na Lei Maior (art. 227, § 7º), art. 1.626 do Código Substantivo Civil e art. 20 do ECA. Assim, a prática desses atos que dão ensejo à perda do poder familiar sobrepõem-se ao eventual desinteresse posterior dos réus à renúncia formulada. Sem dúvida, os pais têm o condão de, em tempo hábil, desistir da renúncia ao poder familiar eventualmente por eles formulada ou assentida. Todavia, serão destituídos do poder familiar pela prática de outros atos graves, como sucede no caso em exame. III - Nada obstante as ilicitudes praticadas pelos réus estejam mais identificadas com a pessoa do filho adotado, sobretudo no que concerne a rejeição do infante, o poder exercido pelos adotantes em relação aos dois irmãos adotados é uno e indivisível, não podendo a desconstituição do poder familiar incidir apenas em face de um deles. Ademais, assim como se faz mister evitar o rompimento do vínculo fraternal para fins de adoção (ECA, art. 28, § 4º), a mesma regra há de ser observada, em contrário senso, para o caso de destituição do poder familiar envolvendo

irmãos biológicos adotados pelo mesmo casal. IV - A sentença que decreta a perda do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento das crianças (ECA art. 163, p. único). Contudo, por aplicação analógica da regra contida no art. 47, § 4º do ECA, nenhuma observação poderá constar nas certidões do registro. V - A perda do poder familiar não extingue os demais vínculos civis decorrentes da adoção, inclusive os sucessórios, mantendo-se os infantes na condição de filhos dos adotantes (CF, art. 227, § 7º c/c CC, art. 1.626 c/c e ECA, art. 41). VI - A prática de atos que dão ensejo a desconstituição do poder familiar é causadora, por ação ou omissão, de danos imateriais aos infantes (na hipótese, casal de irmãos) que experimentam sofrimentos físicos e morais, decepções e frustrações por não encontrarem um lar substitutivo capaz de proporcionar-lhes amor, harmonia, paz e felicidade. In casu, agrava-se o dano das infelizes crianças a circunstâncias de procederem de família cujos genitores biológicos já haviam sido destituídos, igualmente, do poder familiar, sendo que residiam em abrigo especializado enquanto aguardavam, esperançosamente, pela adoção que ora se frustra. Por essas razões, acertada a formulação de pedido condenatório do Ministério Público e o seu acolhimento pela magistrada sentenciante, por danos morais, em face dos atos praticados pelos réus contra seus filhos menores, servido a providência como medida punitiva e profilática inibidora, além de compensar pecuniariamente as vítimas do ilícito civil, tendo a quantia estabelecida observado bem a extensão do dano e a qualidade das partes, em sintonia com princípios da proporcionalidade e razoabilidade. VII - O dano moral, na qualidade de ilícito civil de natureza imaterial, há de ser compensado pecuniariamente, nos termos do disposto no art. 186 do Código Civil, tendo-se como balizamento para a quantificação a extensão do dano sofrido pelas vítimas. Por sua vez, os juros haverão de incidir desde a data em que o ilícito foi praticado, segundo regra definida no art. 398 do Código Civil que, praticamente, repete na íntegra as disposições contidas no art. 962 do revogado Código de 1916. Esses dispositivos, por outro lado, haverão de ser interpretados sistematicamente com o art. 407 do Código Civil (correspondente art. 1.064 do CC/16), que define a incidência de juros legais mesmo que a parte não alegue prejuízo, uma vez que lhe seja quantificado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes, em se tratando de prestação de valor, dispositivos estes, que se complementam. Destarte, como o dano moral tem natureza imaterial, a dívida dele decorrente não é de dinheiro, mas de valor, e, por conseguinte, para verificar-se a incidência e contagem dos juros legais, mister se faz que a compensação pecuniária venha a ser primeiramente quantificada, o que ocorreu, no caso vertente, em sentença condenatória. Por presunção legal, tratando-se de ilícito civil, o devedor encontra-se em mora desde a prática do ato acoimado, nada obstante ainda se apresente ilíquida a obrigação, pois a sua quantificação somente tornar-se-á certa quando da fixação por decisão judicial transitada em julgado. Assim, nas "obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou" (art. 398, CC). Trata-se de mora ex re, imposta pela própria lei, equivalente ao inadimplemento absoluto, sendo irrelevante, portanto, a perquirição acerca da liquidez da obrigação, tendo em vista que haverá de incidir os juros retroativamente em qualquer das hipóteses. Assim, desde a prática do ilícito causador de dano moral ou imaterial (art. 186, CC), os riscos da prestação e a mora, correm por conta do autor da ilicitude (devedor). Em outros termos, por ficção jurídica, a lei presume o autor do ilícito em mora desde a data do cometimento do ato, razão pela qual é conhecida na doutrina como "mora automática, presumida ou irregular". VIII - Considerando-se que os irmãos, filhos adotivos dos réus, foram vítimas de atos distintos praticados contra eles, porém, todos de extrema gravidade capaz de acarretar em perda do poder familiar de ambos, não se pode compensar pecuniariamente pelos danos morais sofridos apenas um deles (o menino) conforme pretensão do Ministério Público acolhida na sentença condenatória objurgada, mas também a irmã, pois ambos sofreram danos imateriais evidenciados por provas cabais produzidas durante toda a instrução. De outra parte,

compensar pecuniariamente uma das vítimas e deixar a outra ao desamparo jurisdicional equivaleria a fomentar desigualdade entre os irmãos, além de deixar de minimizar o sofrimento da pequena vítima, ambos sujeitos passivos das ilicitudes perpetradas pelos algozes genitores. Assim, em que pese o requerimento de condenação por danos morais formulado na inicial e acolhido na sentença ter sido direcionado apenas em favor de uma das vítimas, nada obsta a relativização e flexibilização do princípio da congruência (relação entre o pedido e o pronunciado), de maneira a fazer-se alcançar o mesmo benefício à outra vítima, pois a regra contida no art. 460 do CPC, apropriada para o processo civil clássico, há de ser mitigada quando projetada para atender o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em arremate, o ajuste da sentença recorrida, neste ponto, não importa em reformatio in pejus, pois o acórdão mantém o mesmo quantum objeto da condenação, repartindo apenas a importância, equitativamente, entre os menores, vítimas do ilícito. IX - Tratando-se a hipoteca judiciária de efeito secundário das sentenças condenatórias de pagamento de soma em dinheiro, ordena-se a constituição desta decisão como título garantidor do cumprimento do julgado, no Registro Imobiliário, nos termos do art. 466 do CPC c/c art. 167, inc. I, item 2, da Lei 6.015/73. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.020805-7, de Gaspar, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 21-06-2011).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. - O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pode haver outra situação em que a desistência da adoção não gere danos morais à criança, no entanto, não é este o caso dos autos. (TJ-MG - AC: 10702095678497002 MG, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 15/04/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/04/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADOÇÃO. DESISTÊNCIA NO CURSO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. PERÍODO PREVISTO NO ART. 46 DO ECA QUE TEM COMO FINALIDADE AVALIAR A ADEQUAÇÃO DA CRIANÇA À FAMÍLIA SUBSTITUTA PARA FINS DE ADOÇÃO. DEVOLUÇÃO IMOTIVADA QUE GERA, INQUESTIONAVELMENTE, TRANSTORNOS QUE ULTRAPASSAM O MERO DISSABOR, JÁ QUE FRUSTRAM O SONHO DA CRIANÇA EM FAZER PARTE DE UM LAR. O estágio de convivência não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção. Após alimentar as esperanças de uma criança com um verdadeiro lar, fazer com que o menor volte ao acolhimento institucional refletindo o motivo pelo qual foi rejeitado novamente, configura inquestionável dano moral, e sem dúvida

acarreta o dever de indenizar daqueles que deram causa de forma imotivada a tal situação. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJRJ – AC0001435-17.2013.8.19.0206, Relator: Claudio de Mello Tavares, Data de Julgamento, 30/03/2016, Décima Primeira Câmara Cível).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO. DESISTÊNCIA DO PEDIDO. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. I - O reconhecimento da paternidade socioafetiva requer apuração do vínculo de afetividade no âmbito social, além da posse de estado de filho. No entanto, demonstrada a renúncia expressa quanto ao desejo de serem os pais da criança, tendo os demandados desistido da adoção ainda quando tramitava o processo (fl. 110), aliada à ausência de vínculo afetivo entre eles, não há que se falar em reconhecimento da maternidade e paternidade socioafetiva. II - Igualmente, antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos demandados, que não concluíram o processo de adoção da criança. III - No caso, por mais triste e complexo que seja a situação, inexistindo efetivo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico, causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO, E PROVIDO O DOS DEMANDADOS. (Apelação Cível Nº 70070484878, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 31/08/2016).